Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit

von

Günter Merkel

aus Nürnberg

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536528_0057

W. STAUDACHER
Kleinoffsetdruck
NÜRNBERG

DIE FAKTISCHEN VERTRAGSVERHÄLTNISSE

UND

DAS PROBLEM DER GESCHÄFTSFÄHIGKEIT

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Günter Merkel
aus Nürnberg

Approbiert am: 18. Juli 1962

Referent: Professor Dr. Heinrich Hubmann

Dekan: Professor Dr. Johannes Herrmann

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung

§ 1. Der Wandel im Vertragsrecht 1

I. Die Grundlagen des Bürgerlichen Gesetzbuches 1

II. Die moderne Massengesellschaft 3

III. Die Aushöhlung des Begriffs Willenserklärung 3

§ 2. Die Lehre Haupts 6

I. Allgemeines 6

II. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts 7

1. Culpa in contrahendo 8

2. Die Gefälligkeitsfahrt 8

3. Das stillschweigend verlängerte Mietverhältnis 9

III. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis 9

1. Die faktische Gesellschaft 9

2. Das faktische Arbeitsverhältnis 10

IV. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung 10

V. Der Begriff des faktischen Vertrages 11

1. Kapitel

Die Begrenzung des Themas

§ 3. Die faktische Gesellschaft 13

I. Die Problematik 13

II. Überblick über die Lehre und Rechtsprechung zur faktischen Gesellschaft 13

1. Die gesetzestreue Richtung 13

2. Die Lehre vom sozialrechtlichen Konstitutivakt 15

a) Die Genossenschaftstheorie 15

b) Anwendung auf die faktische Gesellschaft 15

Seite

3. Die Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen 15
4. Die Lehre vom gesteigerten Bestandschutz 16
a) Besonderheiten beim Dauerschuldverhältnis 16
b) Anwendung des Prinzips auf Gründungsmängel 17
5. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 17
6. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 18

III. Ergebnis 19

IV. Die Ausgliederung der faktischen Gesellschaft aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse 20

§ 4. Das faktische Arbeitsverhältnis 23
I. Die Problematik 23
II. Die Rechtsprechung und Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis 23
1. Die Vertragstheorie 23
2. Die Eingliederungstheorie 24
3. Die Kündigungstheorie 24
4. Die Lehre Ramms 25
5. Die Lehre vom gesteigerten Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses 25
6. Die Rechtsprechung 25
III. Die Ausgliederung der faktischen Arbeitsverhältnisse aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse 26

§ 5. Die culpa in contrahendo 28
I. Die Problematik. 28
II. Die Lehre Dölles 28
III. Die Lehre vom stillschweigend abgeschlossenen Erhaltungsvertrag 30
IV. Die Lehre Müllereiserts 30
V. Die Eintrittstheorie von Stoll 31
VI. Die Rechtsprechung 31
VII. Kritik 32
VIII. Die Ausgliederung der culpa in contrahendo aus der Problematik der faktischen Verträge 34

§ 6. Die Gefälligkeitsfahrt, das faktische Mietverhältnis und der faktische Erbvertrag 35
I. Die Gefälligkeitsfahrt 35
1. Die Problematik 35

Seite

2. Die Lehre von der stillschweigend vereinbarten Haftungsbeschränkung 35
3. Die Lehre Müllereiserts 36
4. Die Lehre Fischers 36
5. Kritik 36

II. Das faktische Mietverhältnis 37
1. Die Problematik 37
2. Die gesetzestreue Richtung 37
3. Die Lehre Roquettes 38
4. Das dynamische Rechtsdenken Müllereiserts 38
5. Ausgliederung des faktischen Vertragsverhältnisses aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse 38

III. Der faktische Erbvertrag 39

2. Kapitel

Die Lehre von den faktischen Verträgen

§ 7. Das Schuldverhältnis aus sozialer Leistungsverpflichtung 42
I. Die Problematik 42
II. Die Lehre vom Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten 43
III. Die Lehre Simitis' 44
IV. Die Lehre Bettis 45
V. Die Rechtsprechung 46
VI. Kritik 47

§ 8. Die Lösung des Problems durch die Gegner der Lehre vom faktischen Vertrag 49
I. Die Kritik an der faktischen Vertragslehre im allgemeinen 49
II. Die Lösung durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß 50
III. Die Lösung mit Bereicherungsrecht 51
IV. Die Lösung durch Geschäftsführung ohne Auftrag 52
V. Die Lösung durch Anwendung öffentlichen Rechts 52
VI. Stellungnahme 52
1. Zur Kritik im allgemeinen 52
2. Zur Lehre vom rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß 53
3. Zur Lösung durch Bereicherungsrecht 55

Seite

4. Zur Lösung durch Geschäftsführung ohne Auftrag 55
5. Zur Lösung durch öffentliches Recht 56
6. Zusammenfassung 56

3. Kapitel

Die konstituierende Kraft der Willenserklärung und des sozialtypischen Verhaltens

§ 9. Der Grund der Bindung des Vertrages 57
I. Zur Vertragsbindung im allgemeinen 57
II. Die Vertragsbindung im Naturzustand 57
III. Der Grund der Vertragsbindung in der organisierten Gesellschaft 59

§ 10. Der Bindungsgrund der Willenserklärung 61
I. Der Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie 61
II. Stellungnahme 63

§ 11. Das sozialtypische Verhalten 64
I. Der Bindungsgrund des sozialtypischen Verhaltens 64
II. Der Unterschied zwischen Willenserklärung und sozialtypischem Verhalten 67
III. Die Rechtsnatur des sozialtypischen Verhaltens 68
1. Geschäftsähnliche Handlungen 69
2. Realakte 69
IV. Die Eingliederung der faktischen Verträge in das BGB 70

4. Kapitel

Die Geschäftsfähigkeit bei faktischen Vertragsverhältnissen

§ 12. Folgerungen aus dem bisherigen Untersuchungsergebnis für die Geschäftsfähigkeit bei faktischen Verträgen 71
I. Der Begriff der Geschäftsfähigkeit 71
II. Die Problematik 71
III. Die grundsätzliche Unanwendbarkeit der §§ 104 ff BGB 72
IV. Das Gebot der analogen Anwendung 73
V. Die Notwendigkeit einer Einzelanalyse 74

Seite

§ 13. Der Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen 75
I. Der Interessenkonflikt 75
II. Die Lösung des Konflikts durch Gesetz und Rechtsprechung 75
1. Der Minderjährigenschutz 75
2. Der Schutz der übrigen beschränkt Geschäftsfähigen 77
3. Der Schutz der Minderjährigen unter sieben Jahren 77
4. Der Schutz nicht entmündigter Geisteskranker 77
5. Der Schutz des entmündigten Geisteskranken 78
III. Das Ergebnis 78

§ 14. Die besondere Sachlage bei faktischen Vertragsverhältnissen 79
I. Die bereits erbrachte Gegenleistung 79
II. Die Notwendigkeit der Leistung 81
III. Die Geringwertigkeit der Leistung 82
IV. Die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung 83
V. Massenverträge 83
VI. Die Üblichkeit 84
VII. Folgerungen für die Geschäftsfähigkeit 84

§ 15. Die Geschäftsfähigkeit bei der Annahme 86
I. Die Problematik 86
II. Minderjährige von 7 bis 21 Jahren 86
1. Lösung mit § 107 BGB 86
2. Lösung mit § 110 BGB 89
3. Lösung mit den §§ 112, 113 BGB 89
4. Lösung mit Treu und Glauben 90
III. Weitere Fälle beschränkter Geschäftsfähigkeit 90
IV. Kinder unter sieben Jahren 90
V. Nicht entmündigte Geisteskranke 96
1. Allgemeines zu § 104 Ziff. 2 BGB 96
2. Partielle Geschäftsfähigkeit 97
3. Folgerungen für faktische Verträge 98
VI. Entmündigte Geisteskranke 100

Seite

§ 16. Die Geschäftsfähigkeit beim Angebot 101
I. Die Rechtsnatur des Angebotes 101
II. Die Notwendigkeit einer Einzelanalyse 101
III. Minderjährige von 7 bis 21 Jahren 102
1. Die Problematik 102
2. Lösung durch analoge Anwendung des § 110 BGB 103
3. Lösung mit § 107 BGB 103
IV. Weitere Fälle der beschränkten Geschäftsfähigkeit 103
V. Minderjährige unter sieben Jahren 104
VI. Nichtentmündigte Geisteskranke 104
VII. Entmündigte Geisteskranke 104

§ 17. Das Ergebnis der Arbeit 105
I. Faktische Verträge 105
II. Die Geschäftsfähigkeit 105
1. Bei der Annahme 105
2. Beim Angebot 105

LITERATURVERZEICHNIS

ANSON William R.	Principles of the English Law of Contract, Oxford 1959
BÄHR Otto	Über Irrungen im Contrahieren, IherJ 14, 401 ff.
BALLERSTEDT Kurt	Besprechung von Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse AcP 157, 117 ff.
-	Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501 ff.
BARZ Carl-Hans	Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 28.4.1941, DR 1941, 1944
BAUER Günter	Die Nachwirkung des faktischen Arbeitsverhältnisses aus seiner Rechtsnatur abgeleitet, Diss. Würzburg 1960
BETTI Emilio	Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts, Festschrift für Paul Koschaker Bd. I, Weimar 1939
-	Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für Leopold Wenzer, Bd. I, München 1944
-	Über sog. faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, 1956, S. 253 ff.
BLOMEYER Arwed	Anmerkung zum Parkplatz-Urteil, MDR 1957, 153 f.
-	Besprechung von Simitis, Faktische Verträge, MDR 1957, 447
BLUME W. von	Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Aufsichtsrecht IherJ 48, 417 ff.
BOESEBECK Ernst	Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 2.8.1943, DR 1943, 1223
BRANDT Hans	Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit, Beihefte der Zeitschrift für das gesetzliche Handelsrecht und Konkursrecht 6. Heft S. 2
BRIERLEY James Leslie	Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract, Oxford 1945

BRUNS Otto	Die Bewirkung der Leistung im Sinne des § 110 BGB, Diss. Erlangen 1911
BÜLOW Oskar	Das Geständnisrecht, Freiburg 1899
CESHIRE-FIFOOT	The Law of Contract, London 1956
CHITTY Joseph	On Contracts, 21. Aufl. London 1955
COLONIUS Hans	Das Wirksamwerden von Rechtsgeschäften Minderjähriger durch Erfüllungshandlungen (§ 110 BGB) Diss. Göttingen 1927
CROME Carl	System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902
DANZ Erich	Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung, DJZ 05, 383 ff.
DERNBURG Heinrich	Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preussens, Halle 1902
DIEDTMANN Walter	Das faktische Gesellschaftsverhältnis, Diss. Stuttgart 1957
DÖLLE Hans	Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103, 67 ff.
DORN Horst	Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag (Zugleich ein Versuch, den Anwendungsbereich der §§ 677 ff. BGB zu erweitern), Diss. Erlangen 1960
EBERHARD R.	Wille und Willenserklärung, DJZ 1909, 1069 ff.
ECKART Waldemar	Über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Heidelberg 1908
EISELE Fridolin	Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten, IherJ 25, 414
ELTZBACHER Paul	Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1903
ENDEMANN Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903
ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1960

ERMAN Walter	Beiträge zur Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß, AcP 139, 273
-	Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947
ERMANN-SCHOPP	Kommentar zum BGB, 2. Aufl., Münster 1958
ESSER Josef	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
-	Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt/M. 1940
-	Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse, AcP 157, 86 ff.
FEINE Hans Erich	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenb. Jahrb. Bd. III 3, Abt. S. 1 ff.
FISCHER Hans-Detlev	Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages, Heide i.Holstein 1938
FISCHER Robert	Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 ff.
FREY Erich	Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden? AuR 1953, 167 ff.
FORSTHOFF Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allg. Teil, 7. Aufl., München 1958
GEBAUER Gerhard	Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, Diss. Tübingen 1953
GIERKE Julius von	Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
-	Besprechung von Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, ZHR 117, 126
GIERKE Otto von	Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
GSCHNITZER Franz	Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, IherJ 76, 317 ff.
HAMANN Andreas	Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Spediteurbedingungen" (ADSp), MDR 1949, 209
HANS Heinrich	Das Mieterschutzgesetz, 6. und 7. Aufl., Münster 1956
HARTMANN Gustav	Werk und Wille beim sog. stillschweigenden Konsens, AcP 72, 161 ff.
-	Wort und Wille im Rechtsverkehr, IherJ 20, 1 ff.

HAUPT Günter	Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Bd. II, Leipzig 1943 S. 1 ff.
-	Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG, Danzig, ZAKDR 1943, 238
-	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl.,Tübingen 1942
-	Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAKDR 1943, 84 ff.
HELLWIG Konrad	Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung, DJZ 06, 1298
HELTESHEIMER Rolf	Die Fähigkeit Minderjähriger zu selbständigem rechtsgeschäftlichem Handeln. Eine rechtsvergl. Darstellung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Bestimmungen in der Schweiz, Frankreich, Italien, England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Diss. Tübingen 1956
HERBIG	Die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung, DJ 1936, 1717
HERSCHEL Wilhelm	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 31.3.1941, DR 1941 S. 1727
-	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 22.10.1940, DR 1941 S. 55
HILDEBRANDT Heinz	Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, Berlin und Leipzig 1941
HIPPEL Fritz von	Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
-	Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, Berlin 1930
HÖLDER Eduard	Das Wesen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, IherJ 55, 413 ff.
-	Willenstheorie und Erklärungstheorie, IherJ 58, 101 ff.
HUBMANN Heinrich	Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1955, 85 ff.
HUECK Alfred	Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG, AcP 149, S. 1 ff.
-	Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., München-Berlin 1960

HUECK-NIPPERDEY	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1959
HUNN Felix	Offenbarungspflicht bei Schwangerschaft, AuR 1954, 19 ff.
HUSSERL Gerhart	Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925
IHERING Rudolf von	Der Zweck im Recht, 3. Aufl. Leipzig 1893
ISAY Hermann	Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB, IherJ 44, 43 ff.
KIEFERSAUER Fritz	Anmerkung zu einem Urteil des Landesgerichts Berlin vom 30.5.1952, JR 1953, 24
KISTEMAKER Heinrich	Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, §§ 107-113 BGB, Diss. Erlangen 1910
KOHLER Josef	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1904
KUHN Georg	Das Problem der Gründungs- und Beitrittsmängel bei Personalgesellschaften, JR 1951, 513 ff.
LARENZ Karl	Besprechung von Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 862 ff.
-	Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt, MDR 1954, S. 15 ff.
-	Die Begründung der Schuldverhältnisse durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff.
-	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 4. Aufl., München und Berlin 1960
-	Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 1958, 245 ff.
LEHMANN Heinrich	Das "faktische Vertragsverhältnis" IherJ 90, 131 ff.
-	Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff.
LEONHARD Rudolf	Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl., Breslau 1907
LESER Hans	Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg 1956

LICHTENFELS Kurt	Haftungsausschluß unter besonderer Berücksichtigung der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt, Diss. Köln 1957
LIPPMANN	Studien zu § 119 Abs. 2 BGB, AcP 102, 283 ff.
LITTEN Fritz	Zur Änderung des § 833 des bürgerlichen Gesetzbuches, DJZ 05, 341
LOBEDANZ Gerhard	Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, Diss. Rostock 1938
LÖNIG George A.	Faktische Verträge oder öffentliches Recht, ZAKDR 1942, 289 ff.
MANIGK Alfred	Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907
MAUS Wilhelm	Das Arbeitsverhältnis, 1. Band des Deutschen Arbeits- und Sozialrechts, Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948
MITTELSTEIN Max	Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 4. Aufl., Berlin 1932
MOTIVE	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I Allg. Teil, Berlin und Leipzig 1888
MÜLLEREISERT Franz Arthur	Vertragslehre, Stuttgart 1947
NELSON Leonhard	System der philosophischen Rechtslehre, Leipzig 1920
NIKISCH Arthur	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1955
NIPPERDEY Hans Carl	Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 1957, 129
-	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920
PALANDT-GRAMM	Kommentar zum BGB, 20. Aufl., München 1961
PLANCK-SIBER	Kommentar zum BGB, Berlin-Leipzig, 4. Aufl., 1914
POHLSCHMIDT Carl	Umfang und Wesen der Zustimmung im Rahmen von §§ 107 ff BGB, Diss. Münster 1938

PROTOKOLLE	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Spahn und Gebhard Bd. I, Allg. Teil, Berlin 1897
RADBRUCH Gustav	Der Mensch im Recht, Tübingen 1927
RAMM Thilo	Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 4, Karlsruhe 1955
REINACH Adolf	Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Halle a.S. 1922
REUSS Karl	Die Intensitätsstufen der Abreden und Gentlemen-Agreements, AcP 154, 485 ff.
RIEZLER Erwin	Das Rechtsgefühl, Dresden, Berlin und Leipzig 1921
-	Venire contra factum proprium, Leipzig 1912
ROQUETTE Hermann	Mietrecht, 4. Aufl., Tübingen 1954
RÜMELIN Max	Die Geisteskrankheit im Rechtsgeschäftsverkehr, Tübingen 1912
RULAND Carl	Das Innenverhältnis der offenen Handelsgesellschaft, Diss. München 1941
RUTH Rudolf	Besprechung von Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, AcP 146, 306 ff.
-	Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Beitrittserklärung oder auf rechtzeitig erklärten Austritt, JW 1934, 2108
-	Eintritt und Austritt von Mitgliedern, ZHR 88, 454 ff.
SAVIGNY Carl Friedrich von	System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840
SCHNORR VON CAROLSFELD Ludwig	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
SCHWARZ Ewald	Generalkonsens an Minderjährige, Diss. Tübingen 1931

SCHWENK Heinz	Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? Diss. Breslau 1929
SIBER Heinrich	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, IherJ 70, 223 ff.
SIEBERT Wolfgang	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.10.1951, MDR 1952, 287 ff.
-	Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958
SIMITIS Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/M. 1957
SIMON Ludwig	Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkennbar Geisteskranken, JW 1913, 291
SPIESS, W.	Faktische Verträge oder öffentliches Recht oder Tarif, ZAKDR 1942, 340 ff.
STAHL Friedrich Julius	Die Philosophie des Rechts, Bd. II, 5. Aufl., Tübingen 1878
STAUDINGER-COING	Kommentar zum BGB Allg. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
STAUDINGER-KIEFERSAUER	Kommentar zum BGB Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1955
STEINDORFF E.	Besprechung von Simitis, Die Faktischen Vertragsverhältnisse, BB 1958, 492
STEINER Philipp	Der Einfluß der Geschäftsunfähigkeit auf den Besitzerwerb, Diss. Erlangen 1949
STOLL Heinrich	Besprechung von Hildebrand, Erklärungshaftung, JW 1933, 36
-	Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, Stuttgart 1933
-	Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, 532
-	Vertrag und Unrecht, 4. Aufl., Tübingen 1944

TASCHE	Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß, IherJ 90, 101 ff.
TUHR Andreas von	Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 3. Aufl., Berlin 1893
WATZDORF Leo von	Umfang des § 110 BGB (Enthält er einen Generalkonsens?) Diss. Breslau 1931
WESENBERG Gerhard	Zum Stand der Diskussion um die faktischen Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19 f.
WIEACKER Franz	Anmerkung zum Parkplatzurteil, JZ 1957, 61
-	Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAKDR 1943, 33 ff.
WIED Jacques R. de	Die faktische Personalgesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Köln 1957
WILLISTON	A Treatise on the Law of Contracts, Bd. I, 1936
WOLFF H.	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 24.10.1951, NJW 1952, 500 ff.
-	Die faktische Gesellschaft, MDR 1952, 535 ff.
-	Über faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1953, 1250
WÜRDINGER Hans	Das subjektive Recht im Privatrecht, DR 1935, 493 f.
-	Gesellschaften I. Teil, Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937
ZITELMANN Ernst	Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Rechts für das deutsche Reich, 1. Teil, Berlin 1889
ZURMÜHL Gustav	Die Rechtsgeschäfte der beschränkt Geschäftsfähigen, Diss. Erlangen 1933

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Orte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ARS	Arbeitsrechtssammlung
AuR	Arbeit und Recht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
D	Digesten
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Ehrenb.Jahrb.	Ehrenbergs Jahrbücher
ff	und folgende
GmbHR	Rundschau für GmbH-Recht
IherJ	Iherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
RAG	Reichsarbeitsgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
100 US 578	Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten, Bd. 100 der amtlichen Sammlung, S. 578
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

§ 1.

Der Wandel im Vertragsrecht.

I. Die Grundlagen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Bürgerliche Gesetzbuch beruht auf der Wirtschaftsauffassung des Liberalismus [1]. Die Zentralfigur ist der Mensch als Einzelwesen, das Individuum. Die Partner, die sich auf rechtlicher Ebene gegenübertreten, sind gleich und frei in der Verfolgung ihrer Interessen. Das BGB kennt keinen Arbeitgeber, keinen Arbeitnehmer, sondern nur Personen [2], es weiß nichts von der Abhängigkeit des modernen Staatsbürgers von Gas, Wasser, Elektrizität und Verkehrsbetrieben, den Unternehmungen der Daseinsvorsorge [3]. Es liegt vielmehr die Meinung zugrunde, daß das Wohl der Gesamtheit durch ein freies Kräftespiel aller am Wirtschafts- und Rechtsleben Beteiligter am besten gesichert sei.

Die obersten Gestaltungsprinzipien des Schuldrechts des BGB sind daher Vertragsfreiheit und Privatautonomie.

Vertragsfreiheit bedeutet, daß die Rechtssubjekte ihre Rechtsbeziehungen durch Verträge beliebig gestalten können, ohne an irgendwelche Vertragstypen gebunden zu sein. Die einzelnen Schuldverhältnisse des besonderen Teiles des Schuldrechts des BGB sind dispositives Recht. Die gesetzlichen Vorschriften

---

1) vgl. Stoll, Heinrich, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, Stuttgart, 1933; Simitis, Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt 1957, S. 69.

2) vgl. Radbruch, Gustav, Der Mensch im Recht, Tübingen 1927, S. 10.

3) Über diesen Begriff Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allg. Teil, 7. Aufl. München 1958, S. 320 ff, 358.

gelten nur für den Fall, daß die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Ihre Grenze findet die Vertragsfreiheit nur an bestimmten gesetzlichen Verboten.

Eng mit der Vertragsfreiheit verknüpft, jedoch auf einer etwas anderen Ebene ist das Prinzip der Privatautonomie [4]. Dieser Grundsatz besagt, daß Rechtssubjekte die Macht haben, ohne staatlichen Eingriff oder Sanktionen ihren Vereinbarungen rechtliche Bindung zu geben. Ohne Privatautonomie wäre zwar eine Rechtsordnung denkbar, aber kein Privatrecht, denn alle Rechtsbeziehungen müßten durch Hoheits- bezw. Verwaltungsakt geregelt werden. Das Mittel, mit dem sich das BGB zur Privatautonomie bekennt und diese verwirklicht, ist die Figur des Rechtsgeschäfts [5]. Was der Einzelne will, oder besser, was übereinstimmend mehrere Partner wollen, ist Gesetz [6]. Die Rechtsordnung macht damit die Einzelnen zu Gesetzgebern [7]. Der Inhalt dieses Gesetzes entspricht dem Willen derer, die gebunden sind. Der Vertrag zwischen wirtschaftlich gleichen und freien Partnern ist das Ergebnis einer Auseinandersetzung und ein Kompromiß zwischen widerstreitenden Interessen. Sobald ein Vertragsinhalt gefunden ist, der beiden Parteien tragbar erscheint, erklären sie ihren Willen, diesen Inhalt bindend zu machen.

Dies ist der Idealfall der Willenseinigung und Willenserklärung, von dem das BGB ausgeht.

---

4) vgl. auch unten § 10 II.

5) v. Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936, S. 64 ff.

6) so jedenfalls die herrschende Meinung, vgl. dazu unten § 10 II.

7) v. Hippel, Fritz, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, Berlin 1930, S. 4.

II. Die moderne Massengesellschaft.

Als das Bürgerliche Gesetzbuch am 1.1.1900 in Kraft trat, war das Zeitalter des Liberalismus jedoch schon vorüber. Andererseits sollte die durch die industrielle Revolution bedingte Umformung der Gesellschaft erst im 20. Jahrhundert stattfinden. Das BGB kam somit zu spät, um Ausdruck eines selbstbewußten Liberalismus zu sein und zu früh, um eine neue soziale Ideenwelt zu verwirklichen [8]. Kennzeichnend für die neue Gesellschaftsordnung war zunächst die fortschreitende Industrialisierung und das damit verbundene Entstehen von Industriegroßstädten. Dem Zeitgeist entsprach eine Hinwendung zum Gemeinschaftsgedanken. Interessenverbände, Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Kartelle, Trusts, Syndikate und Monopole dominierten nunmehr das Wirtschaftsleben. Diesen machtvollen Institutionen stand der Einzelne nicht mehr als gleicher Partner gegenüber, frei sich seinen Kontrahenten auszusuchen, sondern er war wirtschaftlich abhängig, angewiesen auf die vertragliche Gegenleistung, die sein Vertragspartner möglicherweise für sich monopolisiert hatte. Die formaljuristische Vertragsfreiheit blieb zwar unangetastet, in Wirklichkeit war sie jedoch nicht mehr vorhanden [9]. Die liberalen Prinzipien haben sich in ihrer Übersteigerung selbst ad absurdum geführt. Die Vertragsfreiheit der wirtschaftlich Starken führte zur Abhängigkeit und Vertragsunfreiheit der wirtschaftlich schwachen Bevölkerungsteile.

III. Die Aushöhlung des Begriffs der Willenserklärung.

Der individuelle Vertragsschluß, wie er den Schöpfern des BGB zu Beginn unseres Jahrhunderts vor Augen geschwebt hat, ist

---

8) Stoll, a.a.O. S. 13.
9) Radbruch, a.a.O. S. 9.

zur Ausnahme geworden [10] [11]. Es gibt fast kein Unternehmen mehr, das auf allgemeine Geschäfts- oder Lieferbedingungen verzichtet. Durch diese, sowie Kartellabsprachen, Preisbindungen der zweiten Hand, Tarife aller Art, sieht sich der Verbraucher vor einem Heer für ihn unverrückbarer und unveränderlicher Angebote. Anders als zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er zudem in der Regel gar nicht kennt, wird ihm nicht verkauft. Es kommt dazu, daß es gerade das Gebiet der Daseinsvorsorge ist, das ausschließlich von Tarifen und Geschäftsbedingungen beherrscht ist. Zwar wird ein Mißbrauch der Machtstellung der Versorgungsbetriebe durch das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwanges [12] verhindert, doch kann von Vertragsfreiheit keine Rede mehr sein. Stimmt schon diese Ungleichheit und Abhängigkeit des Verbrauchers von gewissen Versorgungsleistungen nicht mehr mit der Grundvorstellung des BGB vom Zustandekommen eines Vertrages überein, so wird diese Feststellung noch verdeutlicht durch die Art und Weise, wie in Wirklichkeit der Vertragsschluß vollzogen wird: man unterzeichnet ein vorgedrucktes Formular mit den aufgedruckten Geschäftsbedingungen auf der Rückseite, man steigt in eine Straßenbahn ein und muß kurzerhand den Fahrpreis bezahlen, der irgendwo im Wageninneren im Beförderungstarif genannt ist, man wirft eine Münze in einen Automaten, kurz, in vielen Fällen erklärt man nichts, sondern tut etwas. Die Rechtsprechung und die Lehre von der Willenserklärung haben sich dieser Entwicklung natürlich angepaßt. Mit der Figur des stillschweigenden Vertrages, der stillschweigenden Willenserklärung und der

---

10) Es ist auch von fast allen Zivilrechtslehrern anerkannt, daß im modernen Massenverkehr Verträge auf eine Weise zustande kommen, die den Vorschriften des BGB nicht mehr entspricht. Vgl. den Bericht Essers über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957 in AcP 157, 86 ff ("Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse").

11) Vgl. Haupt, Günter, Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAKDR 1943, 84 ff.

12) Über den Begriff des Kontrahierungszwanges vgl. Nipperdey, Hans Carl, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

Willenserklärung durch konkludentes Verhalten läßt sich in allen geschilderten Fällen ein rechtsgeschäftlicher Vertragsschluß konstruieren, notfalls mit einer dogmatischen Fiktion[13]. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die "stillschweigende Unterwerfung" unter allgemeine Geschäftsbedingungen, auch bei unbekanntem Inhalt[14]. Auf diese Weise erreicht man zwar eine Eingliederung in das System des BGB, das eine Willenseinigung verlangt, jedoch wird die Lehre von der Willenserklärung selbst ausgehöhlt. Eine Willenserklärung ist die Erklärung eines Willens und zwar eines rechtsgeschäftlichen, also eines Willens zur rechtlichen Bindung an den Vertragsinhalt. Wo diese Voraussetzung nicht vorliegt, sondern fingiert werden muß, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen, ist das System reformbedürftig.

---

13) Der Begriff stammt von Esser, Josef, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt a.M. 1940, S. 92 f. Einer dogmatischen Fiktion liegt eine überholte Auffassung von Wesen und Bedeutung eines konkreten Rechtsverhältnisses zugrunde, von deren Unrichtigkeit die Theorie unter zähem Festhalten an ihren Anschauungen sich nicht überzeugen will.

14) RGZ 170, 240 f; 171, 48; 81, 117; RG DR 1941, 1211 (grundlegend); BGHZ 1, 85.
Bei diesen sog. "Normenverträgen" kommt es auf abweichende Vorstellungen einer Partei nicht an, vgl. BGHZ 2, 183. Zustimmend in der Literatur: Herschel, Wilhelm, Anm. zum Urteil des RG vom 22.10.1940; ders. Anm. zum Urteil des RG vom 31.3.1941 in DR 1941, S. 55 und 1727; Hamann, Andreas, Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Spediteurbedingungen" (ADSp), MDR 1949, 209.
(Weitere Angaben bei BHHZ 1, 32).

§ 2.

Die Lehre Haupts.

I. Allgemeines.

Gedankengänge der eben geschilderten Art haben Haupt veranlaßt, seine inzwischen berühmt gewordene Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen zu entwickeln [1]. Die Lehre Haupts ist bahnbrechend gewesen und ist auch heute noch die Grundlage einer jeden Diskussion über die faktischen Verträge. Sie verdient es daher, kurz dargelegt zu werden.

Haupt vertritt die Ansicht, daß in vielen Fällen, wo die Rechtsprechung einen Vertragsschluß durch Willenseinigung fingieren muß, um zu einer gerechten Entscheidung zu kommen, die Lösung der Typik des Sachverhalts selbst zu entnehmen sei [2]. Als Beispiel bringt er ein Urteil des Amtsgerichts Berlin-Mitte [3], wonach ein Sportflieger, der versehentlich auf einem Verkehrsflughafen gelandet ist, zur Zahlung der Gebühren aus Vertrag verurteilt wurde. Das Gericht führte aus, zwischen den Parteien sei ein stillschweigender Vertrag auf entgeltliche Benützung des Flughafens zustande gekommen.

Haupt hält dies für eine Fiktion; das Anfliegen sei keine - auch keine stillschweigende - Willenserklärung. Um in derartigen Fällen ohne die Fiktion einer Willenserklärung gerecht entscheiden zu können, vertritt er die Ansicht, es gebe Vertragsverhältnisse, die nicht durch Vertragsschluß, sondern durch tatsächliche Vorgänge begründet werden. Darunter fallen nach seiner Lehre solche Vertragsverhältnisse, die bisher

---

1) Haupt, Günter, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift f. Heinrich Siber, Bd. II Leipzig 1943 S. 1 ff; ders. in ZAKDR 1943, 238 (Bem. zu einer Entscheidung des OLG Danzig).

2) Haupt a.a.O. S. 7 und 29.

3) Abgedruckt in Archiv für Luftrecht Bd. 4 (1934) S. 104 ff.

durch fingierte Willenseinigungen konstruiert wurden, Sachverhalte, bei denen nicht einmal stillschweigende Willenserklärungen unterstellt werden können, sowie solche, bei denen in der Regel eine Willenseinigung vorliegt, der jedoch nicht die entscheidende Bedeutung für das Zustandekommen des Vertrages und dessen Inhalt zukommt [4]. Für diese Fälle hat Haupt den Namen "faktische Vertragsverhältnisse" geprägt [5]. Die faktischen Verträge Haupts sind somit vollwertige Verträge, die sich nur hinsichtlich der Art ihres Zustandekommens vom Vertrag durch Willenseinigung unterscheiden.

Haupt unterteilt die faktischen Verträge in drei Gruppen: die faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts, kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis und kraft sozialer Leistungsverpflichtung [6].

II. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts.

Darunter nimmt Haupt Fälle, bei denen zwischen den Parteien zwar kein Vertragsschluß durch Willenseinigung vorliegt, wo aber doch Beziehungen bestehen, die sie aus der Ebene von "Dritten" im Sinne des Deliktsrechts oder Bereicherungsrechts herausheben.

---

4) Haupt a.a.O. S. 8.

5) Weitere Bezeichnungen in der Literatur sind: "Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten" (Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 4. Aufl. München und Berlin 1960 S. 31), "Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung" (Wieacker, Franz, Leistungsbeziehungen o.V., ZAKDR 1943, 33 ff), "Außergesetzliche Schuldpflichten" (Dölle, Hans, ZStW 103, 67 ff), "Tatsachenverträge" (Reuss, Karl Friedrich, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154, 485 ff (518 f)), "Sozialrechtliche Verkehrsverträge" (v. Gierke, Julius, Besprechung von Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, ZHR 117, 126). Für diese Arbeit wird der Name "faktische Verträge" bezw. "f. Vertragsverhältnisse" verwendet, weil er am gebräuchlichsten geworden ist. Dabei ist "faktisch" keinesfalls als Gegensatz zu "rechtlich" zu verstehen, worauf Simitis, Spiros, a.a.O. S. 95 Anm. 4 zurecht hinweist.

6) Haupt a.a.O. S. 9

1. Culpa in contrahendo.

In erster Linie denkt Haupt dabei an die Fälle der culpa in contrahendo. Den Linoleumrollenfall [7] - eine Frau wurde in einem Warenhaus bei Verhandlungen über den Kauf eines Linoleumteppichs von einer umstürzenden Rolle verletzt, wodurch der Kaufvertrag nicht zustande kam - löst er dadurch, daß er ein faktisches Vertragsverhältnis kraft des sozialen Kontaktes zwischen Kaufhaus der der potentiellen Käuferin annimmt und daraus der Verletzten einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zubilligt. Das Reichsgericht hat der Kauflustigen einen Anspruch aus culpa in contrahendo gewährt.

Siber [8] und Hildebrandt [9] nehmen zur Begründung einer Haftung in solchen Fällen einen selbständigen vorbereitenden Vertrag an, der durch Angebot und Annahme zustande kommen solle. Diese Lehre lehnt Haupt als Fiktion ab [10]. Wenn schon wegen des besonderen sozialen Verhältnisses zwischen Käufer und Ladeninhaber die vertraglichen Haftungsregeln besser seien und dem Sachverhalt besser gerecht werden würden, müsse man auch den Mut haben, anzuerkennen, daß es Verträge ohne Vertragsschluß gebe. Keinesfalls dürfe man den fehlenden Tatbestand fingieren [11].

2. Die Gefälligkeitsfahrt.

Ebenfalls ein faktisches Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontakts ist nach der Lehre Haupts die Gefälligkeitsfahrt [12]. Er bekämpft damit die Konstruktion einer stillschweigenden Haftungsausschlußvereinbarung als Fiktion [13].

---

7) RGZ 78, 239.

8) Siber, Heinrich, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, IherJ. 70, 223 ff (259).

9) Hildebrandt, Heinz, Erklärungshaftung, Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, Berlin und Leipzig 1931, S. 225 ff.

10) Haupt a.a.O. S. 10.

11) Haupt a.a.O. S. 11.

12) Haupt a.a.O. S. 12.

13) Vgl. RGZ 65, 18; 141, 263; RG WarnR 1908, Nr. 157.

3. Das stillschweigend verlängerte Mietverhältnis.

Als weiteres faktisches Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontaktes betrachtet Haupt das stillschweigend verlängerte Mietverhältnis nach § 568 BGB [14]. Er betont, daß das sich fortsetzende Mietverhältnis allein auf dem faktischen Verhalten der beiden Kontrahenten beruhe. Gleich zu behandeln sei der Fall, wenn trotz Nichtigkeit des schuldrechtlichen Mietvertrages das Mietverhältnis tatsächlich erfüllt wurde. Kondiktionsrecht sei fehl am Platze.

Generell betrachtet Haupt jedes vollzogene Dauerschuldverhältnis, dessen rechtsgeschäftlicher Vertragsschluß nichtig ist, als faktisches Vertragsverhältnis [15].

III. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis.

Hierunter versteht Haupt spezielle Fälle der Schuldverhältnisse kraft sozialen Kontakts, bei denen der soziale Kontakt zur Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses gesteigert wird [16]. darunter fallen in erster Linie die faktische Gesellschaft und das faktische Arbeitsverhältnis.

1. Die faktische Gesellschaft [17].

Wenn sich nach Invollzugsetzung einer Personalgesellschaft herausstellt, daß der rechtsgeschäftliche Vertrag nichtig ist, müßte dies bei strenger Anwendung der BGB-Vorschriften zur Folge haben, daß die Gesellschaft als rechtliches Nullum zu betrachten ist. Für die Auflösung wären die §§ 812 ff und 741 ff BGB anzuwenden. Daß dies eine unsachgemäße Lösung ist, wurde bereits frühzeitig von Lehre und Rechtsprechung erkannt. Stark

---

14) Haupt a.a.O. S. 15.

15) Haupt a.a.O. S. 16.

16) Haupt a.a.O. S. 20.

17) Vgl. auch Haupt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Tübingen 1942, S. 24.

umstritten ist aber die dogmatische Ausgestaltung dieser Erkenntnis [18]. Haupt betrachtet die faktische Gesellschaft als faktisches Vertragsverhältnis, das durch die konstituierende Kraft des tatsächlichen gesellschaftlichen Zusammenschlusses zustandekomme [19]. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften seien daher bei Nichtigkeit des schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrages sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis anwendbar.

2. Das faktische Arbeitsverhältnis.

Ähnlich wie bei der faktischen Gesellschaft ist nach Haupts Lehre bei der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages ein faktisches Vertragsverhältnis gegeben. Die tatsächliche Einordnung in den Betrieb habe eine konstituierende Kraft. Es entstehe dadurch das faktische Arbeitsverhältnis [20]. Bei Nichtigkeit des obligatorischen Vertragsschlusses sei demnach nicht Bereicherungsrecht, sondern Vertragsrecht anzuwenden.

IV. Die faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung.

Unter diese Gruppe nimmt Haupt die Fälle, wo ein Einzelner, sozial abhängig und darauf angewiesen, die tatsächlich angebotene Leistung von Versorgungs- oder Verkehrsbetrieben, die feststehende Geschäftsbedingungen oder Tarife haben, durch tatsächliches Verhalten in Anspruch nimmt [21]. Es fallen darunter also Verträge über Energieversorgung, Straßenbahnfahrten usw. Auf diesem Gebiet komme dem Vertragsschluß durch Willenseinigung keine praktische Bedeutung zu. Haupt betrachtet die Konstruktion, im Halten der Straßenbahn liege das Vertragsangebot und im Einsteigen des Fahrgastes die Annahme, als reine Fiktion,

---

18) Vgl. unten § 3.
19) Haupt a.a.O. S. 17.
20) Haupt a.a.O. S. 20.
21) Haupt a.a.O. S. 21.

die nötig sei, um dem BGB Genüge zu tun. In Wirklichkeit sei die bloße Tatsache des Einsteigens das für den Vertrag konstituierende Element. Haupt weist ferner darauf hin, daß für Verträge dieser Art der Kontrahierungszwang des Unternehmers kennzeichnend sei. Wenn der Versorgungsbetrieb ohnehin kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sei, jeden an der Versorgungsleistung teilnehmen zu lassen, brauche der Einzelne sich den Anspruch darauf nicht erst durch Rechtsgeschäft zu verschaffen.

V. Der Begriff des faktischen Vertrages [22].

Unabhängig davon, ob die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen begründet ist, oder nicht, muß über den Begriff des faktischen Vertrages Klarheit gewonnen werden [23].

Ausgangspunkt ist zunächst der absolute Gegensatz zum Vertrag durch Willenseinigung. Ein faktischer Vertrag entsteht niemals durch Willenseinigung; seine konstituierenden Elemente sind keine Willenserklärungen [24]. Konstituierend ist vielmehr ein rein tatsächliches Verhalten, das in eng begrenzten Tatbeständen Vertragswirkung hervorruft.

Nach Simitis [25] sind faktische Verträge solche, "deren Eigenart und Bedeutung einzig und allein auf der Tatsache beruhen, daß ihre Existenz und Relevanz sich auf die Betätigung der Beteiligten innerhalb der Sozialsphäre, des wirtschaftlichen Verkehrs also, gründen".

---

22) Vgl. auch unten § 11.

23) An dieser Stelle kann das Wesen des faktischen Vertrages noch nicht abschließend geklärt werden, denn dies ist Gegenstand der folgenden Untersuchungen. Andererseits ist zum Zwecke der Begrenzung des Themas eine hinreichende Begriffsbestimmung erforderlich, an Hand deren wenigstens festgestellt werden kann, was kein faktischer Vertrag ist.

24) Inwieweit dies für das Angebot gilt, wird unten unter § 16 I untersucht.

25) Simitis a.a.O. S. 95.

Unrichtig ist die Meinung Wesenbergs [26], faktische Verträge seien diejenigen Schuldverhältnisse, die nicht durch Angebot und Annahme zustandekämen. Auch faktische Vertragsverhältnisse kommen durch Angebot und Annahme zustande [27].

Zu betonen ist, daß es sich nicht um die analoge Anwendung von Vertragsrecht handelt, sondern um die Ersetzung des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses durch eine tatsächliche Begründung. Inwieweit sich dieser Versuch mit dem System des BGB vereinbaren läßt, wird im folgenden zu untersuchen sein.

Zunächst ist aber anhand der obigen Begriffsbestimmung das Thema zu begrenzen.

---

26) Wesenberg, Gerhard, Zum Stand der Diskussion um die faktischen Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19 f.

27) Vgl. unten § 11 II.

1. K a p i t e l

Die Begrenzung des Themas.

§ 3.

Die faktische Gesellschaft [1].

I. Die Problematik.

Zu untersuchen ist, ob die faktische Gesellschaft ein faktisches Vertragsverhältnis ist.

Haupt, Simitis und J.v. Gierke [2] betrachten die faktische Gesellschaft als faktisches Vertragsverhältnis. Daß die "faktische Gesellschaft" weitgehend in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt ist, beweist aber nicht die Richtigkeit dieser Meinung, denn der Begriff "faktische Gesellschaft" beinhaltet nicht, daß es sich um einen faktischen Vertrag handeln muß. Es sind vielmehr auch andere Lösungsmöglichkeiten denkbar.

Diese werden im folgenden kurz dargestellt. Sie befassen sich alle mit der Frage, was geschehen soll, wenn sich nach Invollzugsetzung einer Personalgesellschaft herausstellt, daß der rechtsgeschäftliche Vertragsschluß nichtig war.

II. Überblick über die Lehre und Rechtsprechung zur faktischen Gesellschaft.

1. Die gesetzestreue Richtung.

Diese Bezeichnung wird von Simitis [3] und Erman [4] für eine

---

1) Über die faktische Gesellschaft im amerikanischen Recht vgl. de Wied, Jacques Rl, Die faktische Personalgesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Köln 1957.

2) J.v. Gierke, a.a.O. ZHR 117, 126.

3) Simitis a.a.O. S. 136.

4) Erman, Walter, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947, S. 11.

Lehre gewählt, die die Problematik der faktischen Gesellschaft durch weitgehende Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen lösen will. Der Hauptvertreter dieser Lehre ist Würdinger.

Würdinger [5] trennt scharf zwischen Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft. Im Innenverhältnis sind seiner Meinung nach die §§ 119, 123 BGB uneingeschränkt anwendbar. Das bedeutet also, daß die Gesellschaft rückwirkend vernichtet werden kann [6]. Die Abwicklung der faktisch vorhandenen Gesellschaft erfolge nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung bzw. der Gemeinschaft (bei voller Auflösung). Fechte nur ein Beteiligter seinen Beitritt an, so könne er geleistete Einlagen nach § 812 ff BGB herausverlangen, erhaltenen Gewinn habe er zurückzuzahlen [7].

Im Außenverhältnis, also im Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger zur Gesellschaft erkennt Würdinger an, daß es der Verkehrsschutz erfordere, daß die Gesellschaft als fortbestehend betrachtet werde [8]. Insoweit ist also die Lehre Würdingers nicht gesetzestreu. Doch wird die gegenteilige Meinung, daß sich nämlich die Wirkung der Nichtigkeit auch auf die Gesellschaftsgläubiger erstrecke, soweit ersichtlich von keinem Schriftsteller vertreten.

Auch Crome [9] vertritt die Ansicht, daß, sobald aufgrund eines nichtigen Gesellschaftsvertrages tatsächlich ein Vermögen zusammengebracht wurde, die Regeln der vertragslosen Gemeinschaft anzuwenden seien [10].

---

5) Würdinger, Hans, Gesellschaften, I. Teil, Recht der Personalgesellschaften, Hamburg, 1937, S. 44 ff; ders. Das subjektive Recht im Privatrecht DR 1935, 493 f.

6) Vgl. § 142 BGB.

7) Würdinger a.a.O. S. 45.

8) Würdinger a.a.O. S. 46.

9) Crome, Carl, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II, Tübingen und Leipzig, 1902, § 280 Anm. 38.

10) Weitere Angaben bei Simitis a.a.O. S. 136 Anm. 2.

2. Die Lehre vom sozialrechtlichen Konstitutivakt.

a) Die Genossenschaftstheorie.

Nach der Lehre O.v. Gierkes [11] ist die Gründungshandlung einer Körperschaft kein Vertrag, sondern ein einseitiger Gesamtakt, der im Individualrecht ohne Parallele sei. Folglich sei nicht die Willenserklärung im Sinne des BGB das konstituierende Element der Körperschaft, sondern der successiv sich entfaltende und verkörpernde Wille des werdenden Gemeinwesens, der in diesem Akt sich selbst bejahe [12].

b) Anwendung auf die faktische Gesellschaft.

Ruth hat diese Lehre in Einzelheiten fortgebildet [13] und vertritt die Ansicht, daß sie auch für Gesellschaften gelte [14]. Dies habe zur Folge, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Anfechtung und Nichtigkeit nicht anwendbar seien [15] [16]. Ruth führt dazu aus, die §§ 119 ff BGB seien ein typischer Ausfluß individualrechtlicher Gestaltungsfreiheit, die im Sozialrecht - dem Bereich der Gesellschaften und Körperschaften - nicht gegeben sei.

3. Die Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen [17].

In einem starken dogmatischen Gegensatz zur Lehre von der sozialrechtlichen Willenserklärung steht die Lehre von den Nich-

---

11) v. Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887, S. 133.

12) Gierke a.a.O. S. 133/134.

13) Ruth, Rudolf, Eintritt und Austritt von Mitgliedern, ZHR 88, 454 ff; derselbe AcP 146, 306 ff (Besprechung von Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte).

14) Ruth, ZHR Bd. 88, S. 520; ebenso Feine, Hans Erich, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenb. Jahrb. Bd. III 3. Abt. S. 1 ff.

15) Ruth, Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Beitrittserklärung oder auf rechtzeitig erklärten Austritt, JW 1934, 2108.

16) Ebenso die Lehre vom gesteigerten Offenkundigkeitsprinzip J.v. Gierkes in Handels- und Schiffahrtrecht 8. Aufl. Berlin 1958, S. 173 ff, 190 ff, 285 ff.

17) Vgl. dazu auch Siebert, Wolfgang, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, S. 47 f.

tigkeitsbeschränkungen. Ihre Verfechter [18] wenden die BGB-Vorschriften über Nichtigkeit und Willensmängel grundsätzlich auch auf den Gesellschaftsvertrag an, machen aber beträchtliche Ausnahmen, je nachdem, was die Verkehrssicherheit und eine gerechte Entscheidung erfordern. Auch diese Lehre kommt zu dem Ergebnis, daß bei der bereits vollzogenen Gesellschaft sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis die Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen und über die rückwirkende Kraft der Nichtigkeit unanwendbar seien.

4. Die Lehre vom gesteigerten Bestandschutz.

Die Lehre vom gesteigerten Bestandschutz wurde von Siebert [19] entwickelt. Er geht zunächst davon aus, daß die Gesellschaft ein Dauerschuldverhältnis ist.

a) Besonderheiten beim Dauerschuldverhältnis.

Siebert stellt fest, daß alle Dauerschuldverhältnisse, soweit sie bereits vollzogen sind, einem Bestandschutz unterliegen [20]. Zugrunde legt er den weitgehenden gesetzlichen Ausschluß der Rücktrittsvorschriften bei Leistungsstörungen und deren Ersetzung durch die Kündigung [21], beispielsweise bei der Gesellschaft, vgl. § 723 BGB. Im Zusammenhang mit den weiteren, von Rechtsprechung und Lehre entwickelten bestandsfestigenden Grundsätzen, z.B. dem Ausschluß der Einrede des nicht erfüllten Vertrages spricht Siebert vom Prinzip des gesteigerten Bestandschutzes [22].

---

18) Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. München und Berlin 1960 S. 28, 59 ff; ders. in AcP 149, S. 1 ff, Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG; Erman a.a.O.; Lobedanz, Gerhard, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, Diss. Rostock 1838, S. 45 ff; Ruland, Karl, Das Innenverhältnis der offenen Handelsgesellschaft, Diss. München 1941, S. 117 ff. Weitere Angaben bei Siebert a.a.O. S. 47 Anm. 155.

19) Siebert a.a.O. S. 48 ff.

20) Siebert a.a.O. S. 53.

21) Der Unterschied ist sehr wesentlich: der Rücktritt wirkt ex tunc, die Kündigung ex nunc.

22) Siebert a.a.O. S. 53.

b) Anwendung des Prinzips auf Gründungsmängel.

Der von Siebert entwickelte Grundsatz läßt sich dem Gesetz unmittelbar nur für Leistungsstörungen entnehmen. Jedoch ist seiner Meinung nach § 346 S. 2 BGB der Ausgangspunkt für eine weitergehende analoge Anwendung. In § 346 BGB habe der Gesetzgeber den Vertragspartnern eine Rücktrittsmöglichkeit unabhängig von Leistungsstörungen eingeräumt. Hier habe der Rücktritt aber nicht die volle schuldrechtliche Rückwirkung wie im Regelfall des Rücktritts zur Folge, sondern "für geleistete Dienste, sowie für Überlassung und Benutzung einer Sache sei der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten" (§ 346 BGB). In der Vorschrift des § 346 S. 2, sowie wegen der Ähnlichkeit der Gesellschaft, die an Mängeln bei ihrer Begründung leidet, mit einer Gesellschaft, bei deren Durchführung Störungen auftreten, wendet Siebert das Prinzip des gesteigerten Bestandschutzes auch auf Gründungsmängel an. Ausschlaggebend sei in beiden Fällen, daß es eine in Vollzug gesetzte Gesellschaft ist, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers einen besonderen Schutz genießen solle [23].

5. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts [24].

Das Reichsgericht hat in seinen ersten Entscheidungen zum Problem der faktischen Gesellschaft die unbeschränkte Geltendmachung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen zugelassen [25].

Später machte es die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis. Für das Außenverhältnis ließ es im Interesse der Gläubiger eine rückwirkende Nichtigkeit der Gesellschaft nicht mehr zu, wohl aber im Innenverhältnis [25a].

---

23) Siebert a.a.O. S. 56.

24) Zur Rechtsprechung des RG vgl.: Barz in DR 1941, 1944; Boesebeck in DR 1943, 1223; Herbig in DJ 1936, 1717; Kuhn in JR 1951, 513 ff; Buchwald in GmbHR 1954, 146; Siebert in MDR 1952, 287 ff.

25) Vgl. RGZ 51, 33; 89, 97; 93, 227; 125, 228; 127, 186; RGLZ 1909, 858.

25a) RGZ 165, 201; 170, 109; RG JW 1933, 1996.

Schließlich schloß das Reichsgericht auch die Geltendmachung der rückwirkenden Nichtigkeit im Innenverhältnis aus [26]. Seine grundlegende Entscheidung aus dem Jahre 1935 [27] begründete es sowohl mit der Schwierigkeit einer Abwicklung der Gesellschaft nach Bereicherungs- oder Gemeinschaftsrecht und zum andern mit der Natur des Gesellschaftsverhältnisses. Man könne nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß der Gesellschaftsvertrag bereits - auch im Innenverhältnis - in Wirkung getreten sei.

Darüber hinaus vertrat das Reichsgericht die Ansicht, daß ein Grund, der nach BGB-Grundsätzen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge hat, nicht ohne weiteres ausreicht, um die Gesellschaft für die Zukunft aufzulösen [28]. Eine Beendigung der Gesellschaft sei nur möglich, wenn die Voraussetzungen einer Auflösungsklage bzw. einer Kündigung aus wichtigem Grund erfüllt seien.

6. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [29].

In seinen grundlegenden Entscheidungen vom 24.10.1951 [30] und vom 29.11.1952 [31] hat sich der BGH der Rechtsprechung des Reichsgerichts in ihrer letzten Form angeschlossen. Er begründet seine Rechtsprechung in erster Linie mit dem Grundsatz des

---

26) Vgl. RG JW 1935, 2617; RG DR 1941, 1943; RG DR 1943, 1221; RGZ 166, 59.

27) RG JW 1935, 2617.

28) Vgl. RG DR 1941, 1944; der Leitsatz dieser Entscheidung lautet: Ist ein Gesellschaftsverhältnis einmal in Vollzug gesetzt, so kann sich Dritten gegenüber ein Gesellschafter nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen. Das gleiche gilt auch im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, sodass der einzelne Gesellschafter nicht schlechthin das von ihm in die Gesellschaft eingebrachte zurückfordern, sondern nur den sich aus der Auseinandersetzung für ihn ergebenden Überschuß verlangen kann.

29) Zur Rechtsprechung des BGH vgl. Siebert in MDR 1952, 287 ff; Wolff, Die faktische Gesellschaft MDR 1952, 535 ff; Wolff, NJW 1952, 500 ff; Fischer, Die faktische Gesellschaft NJW 1955, 849 ff.

30) BGHZ 3,285 = JZ 1952, 305 (mit Anm. von Benke) = MDR 1952, 285 (mit Anm. von Siebert) = NJW 1952, 97 (mit Anm. von Wolff) = LM Nr. 1 zu § 133 HGB (mit Anm. von Fischer).

31) BGHZ 8, 157 = BB 1953, 43 = NJW 1953, 818.

Verkehrsschutzes [32]. Im Gegensatz zum Reichsgericht ist der BGH allerdings der Ansicht, ein nichtiger Gesellschaftsvertrag sei immer ein Grund, die Auflösung der Gesellschaft in Zukunft zu erreichen [33].

III. Ergebnis.

Es ist somit eindeutig herrschende Meinung, daß die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrages nicht auch die rückwirkende Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat, ohne daß es dazu der Annahme eines faktischen Vertrages bedarf. Längst überholt sind die sogenannte gesetzestreue Richtung und die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts. Darauf braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

Die gesetzlichen Vorschriften bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages streng anzuwenden, widerstreitet den Interessen aller Beteiligten. Dazu kommen die praktischen Schwierigkeiten einer Auflösung nach Bereicherungsrecht [34].

An der Lehre vom sozialrechtlichen Konstitutivakt ist auszusetzen, daß sie klar gegen das Gesetz ist. Dies allein besagt allerdings wenig, denn es handelt sich um ein Problem, das streng nach dem Gesetz nicht gelöst werden kann. Es ist jedoch unbedingt daran festzuhalten, daß der Gesellschaftsvertrag im Normalfall ein schuldrechtlicher Vertrag ist [35], der durch Willenseinigung zustande kommt. Man kann zwar die Anwendung gewisser Vorschriften, wie über die Anfechtung und deren Rückwirkung ablehnen, nicht aber die grundlegende Bestimmung des § 705 BGB selbst.

Andererseits führen die Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen und Sieberts Lehre vom gesteigerten Bestandschutz zu brauchbaren Ergebnissen, ohne daß überflüssige Begriffsbildungen vor-

---

32) BGHZ 13, 324.

33) BGHZ 3, 285.

34) Diedtmann, Walter, Das faktische Gesellschaftsverhältnis, Diss. Stuttgart 1957 S. 10.

35) Vgl. § 705 BGB.

genommen werden. Dabei bringt die Lehre Sieberts gegenüber der Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen keinen wesentlichen Fortschritt. Die faktische Gesellschaft wäre auch dann nicht rückwirkend nichtig, wenn es die Vorschrift des § 346 S. 2 BGB nicht gäbe und bestandserhaltende Grundsätze bei Dauerschuldverhältnissen im BGB nicht zu finden wären. Die wirklich durchschlagende Begründung liefert der BGH, der seine Rechtsprechung auf den Grundsatz des Verkehrsschutzes stellt[36]. Einzig und allein weil die Interessen sämtlicher Beteiligter der rückwirkenden Nichtigkeit entgegenstehen, ist diese abzulehnen. Dogmatische Gründe gibt es dafür nicht.

IV. Die Ausgliederung der faktischen Gesellschaft aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse.

Oben unter § 2 V. wurde ausgeführt, daß ein faktischer Vertrag dann vorliegt, wenn statt einer Willenseinigung tatsächliches Verhalten das konstitutive Element des Vertrages ist.

Haupt nimmt die faktische Gesellschaft deshalb unter diesen Begriff, weil, bei sich nachträglich herausstellender Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages die tatsächliche Vollziehung der Gesellschaft entscheidend für ihren rechtlichen Bestand ist.

Die Gesellschaft kann aber nur entstehen, wenn ein Gesellschaftsvertrag vorliegt. Eine bloße Gemeinschaft genügt nicht für die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft; es muß mindestens ein fehlerhafter Vertrag zugrunde liegen [37].

Im Vertrauen auf die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages wird die Gesellschaft vollzogen [38]. Sein Inhalt bestimmt ihre Organisation und ihre Betätigung. Alle Gesellschafter glauben,

---

36) BGHZ 3, 285; 13, 324.

37) Vgl. de Wied a.a.O. S. 73; Fischer, Robert, Die faktische Gesellschaft NJW 1955, 850; a.A. Simitis a.a.O. S. 234; Simitis (S. 159) behauptet, das RG habe keinen, auch keinen rechtlich mangelhaften Gesellschaftsvertrag gefordert. Diese Ansicht ist unrichtig, vgl. Siebert a.a.O. S. 45.

38) Vgl. Leser, Hans, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg, 1956, S. 50.

den Gesellschaftsvertrag zu erfüllen, wenn sie handeln. Daß die Gesellschaft fortbesteht, ist eine Einschränkung des § 142 BGB. Der schuldrechtliche Vertragsschluß kann nicht weggedacht werden.

Weiter handelt es sich bei der faktischen Gesellschaft in erster Linie um das Problem der Auflösung ex tunc, bzw. ex nunc [39]. Es liegt nicht der Regelfall einer Begründung eines Vertrages ohne Willenseinigung vor, sondern ein regelwidriger Ausnahmefall. Die Aufgabe ist nur, das Dilemma möglichst sinnvoll zu beseitigen. Dies gelingt der Rechtsprechung des BGH.

Dagegen versucht Simitis [40] als gemeinsame Grundlage der faktischen Vertragsverhältnisse das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher Gleichheit und wirtschaftlicher Ungleichheit herauszustellen, also den Interessenkonflikt zwischen dem wirtschaftlich Starken und dem wirtschaftlich Schwachen.

Daß gemeinsames zwischen der faktischen Gesellschaft und den Schuldverhältnissen, wie sie oben unter § 2 V. geschildert wurden, besteht, ist richtig, doch liegt die eigentliche Problematik des faktischen Vertrages nicht im Negativen, daß nämlich Vertragswirkung ohne gültigen Schuldvertrag eintritt, sondern in der völligen Ersetzung der Willenseinigung durch faktisches Verhalten. Dies ist aber bei der faktischen Gesellschaft nicht der Fall.

J. v. Gierke [41] teilt die Verträge nach heutigem Recht in folgende Gruppen ein: 1. rein individualrechtliche Schuldverträge, 2. sozialrechtliche Verkehrsverträge, 3. familienrechtliche Verträge, 4. erbrechtliche Verträge und 5. dingliche Verträge.

Die sozialrechtlichen Verkehrsverträge haben nach seiner Lehre als Grundlage die Schaffung einer Gemeinschaft oder die Einordnung in eine solche oder die Benutzung eines Gemeinschafts-

---

39) Vgl. Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1, 1897 ff.

40) Simitis a.a.O. S. 533 ff.

41) J.v. Gierke, ZHR 117, 127.

unternehmens. Es fallen darunter Gesellschaftsverträge, Arbeitsverträge, Verträge mit Wirtschaftsverbänden und Verkehrsunternehmen (Elektrizität, Gas, Eisenbahn, Straßenbahn, Kraftfahrzeugbetriebe, Monopolbetriebe). Das Gemeinsame an diesen Verträgen sei, daß die Erklärung im Vordergrund stehe und die Berücksichtigung des Willens mehr oder weniger ausgeschlossen sei.

Auch Gierke ist entgegenzuhalten, daß zunächst ein schuldrechtlicher Vertrag vorliegen muß, bevor überhaupt eine Gesellschaft entstehen kann. Daß die Verträge, die v. Gierke als sozialrechtliche Verkehrsverträge bezeichnet, tatsächlich Gemeinsamkeiten aufweisen, ist offensichtlich. Richtig ist auch, daß das Gemeinsame darin besteht, daß die Vorschriften über Willenserklärungen weitgehend nicht passen. Der wesentliche Unterschied ist aber, daß im einen Fall Willenserklärungen vorliegen müssen, deren Nichtigkeitsfolgen allerdings verschieden vom BGB geregelt werden, während bei den faktischen Verträgen Willenserklärungen überhaupt nicht wesentlich sind.

Die faktische Gesellschaft ist demnach kein faktischer Vertrag. Sie ist aus der Problematik herauszunehmen [42] [43].

---

42) So auch Larenz NJW 1958, 862 ff (863); ders. NJW 1956, 1998; Siebert a.a.O. S. 9; Lehmann Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff;, Staudinger-Coing, Komm. z. BGB, 11. Auflage Einl. 75 vor § 104, Vorbem. 23 a vor § 116.

43) Die Ausgliederung erfolgt aufgrund der Begriffsbestimmung unter § 2 V. Diese wiederum beruht auf Haupt und Simitis. Beide betrachten aber die faktische Gesellschaft als faktisches Vertragsverhältnis. Trotzdem ist die Ausgliederung wegen der oben aufgezeigten Wesensverschiedenheit gerechtfertigt.

§ 4.

Das faktische Arbeitsverhältnis.

I. Die Problematik.

Zu untersuchen ist, ob das faktische Arbeitsverhältnis ein faktisches Vertragsverhältnis ist, wie Haupt und Simitis annehmen.

Auch hier ist - wie oben bei der faktischen Gesellschaft - zu betonen, daß der Begriff "faktisches Arbeitsverhältnis" nicht notwendigerweise bedeutet, daß es sich um ein faktisches Vertragsverhältnis handelt.

Die Konfliktssituation ist, wenn ein schuldrechtlicher Arbeitsvertrag, der bereits vollzogen wurde, nichtig ist.

Die Lösungen dieses Problems sollen im folgenden dargestellt werden.

II. Die Rechtsprechung und Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis.

1. Die Vertragstheorie.

In ihrer ursprünglichen Form sah die Vertragstheorie keine Veranlassung, den Arbeitsvertrag nicht als ein Schuldverhältnis zu betrachten, auf das alle BGB-Vorschriften über Anfechtung, rückwirkende Nichtigkeit etc. Anwendung finden müßten [1]. Durch den Arbeitsvertrag verpflichtete sich der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung, der Arbeitgeber zur Lohnzahlung, beides an sich typische Pflichten eines Schuldvertrages.

In dieser Form ist die Vertragstheorie überholt. Ihre Anhänger [2] erkennen nunmehr an, daß auch aufgrund eines fehlerhaften Arbeitsvertrages ein Arbeitsverhältnis entstehen könne [3], aus dem ein vertraglicher Arbeitslohn geschuldet wird. Begründet wird

---

1) Literaturangaben bei Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 71 Anm. 20.

2) Nipperdey, Hueck, Dietz, Mansfeld, Schnorr v. Carolsfeld, Sitzler, Dersch; vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959 S. 105 Anm. 7.

3) Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 107.

dies damit, daß nach allgemeinen Grundsätzen eine rückwirkende Nichtigkeit bei gemeinschaftsbegründenden Verträgen ausgeschlossen sei. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses sei jedoch nur durch Vertrag möglich.

2. Die Eingliederungstheorie [4].

Die Eingliederungstheorie steht im Gegensatz zur Vertragstheorie. Sie geht davon aus, daß das wesentliche am Arbeitsverhältnis nicht der schuldrechtliche Arbeitsvertrag sei, sondern die Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die durch die Aufnahme des Arbeitnehmers in den Betrieb oder den Haushalt des Arbeitgebers oder durch die Zusammenarbeit beider entstehen könne. Diese Lehre kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Einordnung der eigentliche Begründungsakt sei [5]. Ein schuldrechtlicher Vertrag sei nicht nötig, um ein Arbeitsverhältnis zu begründen [6].

3. Die Kündigungstheorie [7].

Diese Lehrmeinung weicht von der Vertragstheorie nur an einem Punkt ab. Sie hält die Anfechtung eines Arbeitsvertrages für überhaupt ausgeschlossen [8], da eine Rückwirkung nicht eintreten könne. Die Anfechtung soll daher in vollem Umfang durch die Kündigung ersetzt werden.

---

4) Hauptvertreter: Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht, 2. Aufl. Tübingen 1955, Bd. I S. 140 ff; Maus, Wilhelm, Das Arbeitsverhältnis, 1. Bd. des Deutschen Arbeits- und Sozialrechts, Schloß Bleckede a.d. Elbe 1948, S. 128.

5) Nikisch a.a.O. S. 141.

6) Nikisch a.a.O. S. 142.

7) Hauptvertreter: Frey, Erich, Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden? AuR 1953, 167 ff; Hunn, Felix, Offenbarungspflicht bei Schwangerschaft, AuR 1954, 19 ff; aus dem älteren Schrifttum: Gschnitzer, Franz, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht IherJ 76, 317 ff (410 ff); weitere Angaben bei Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 72 Anm. 228; ablehnend Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig, Arbeitsrecht, 2. Aufl. Göttingen 1954, S. 145. v. Carolsfeld weist darauf hin, daß durch die Anfechtung nicht die Wirklichkeit, sondern nur ein gedachtes juristisches Fundament beseitigt werde.

8) Nicht nur deren rückwirkende Kraft, wie die Vertragstheorie annimmt.

4. Die Lehre Ramms [9].

Ramm ist der Meinung, die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses könne nur die Teile erfassen, die wirklich eine Folge der Privatautonomie sind. Den Kern eines jeden Arbeitsverhältnisses bilde aber das Grundrecht auf das Existenzminimum, das sich aus den betreffenden Bestimmungen der Länderverfassungen, sowie aus den gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen, allgemeinverbindlichen Tarifen ergebe. Da wegen der zwingenden Natur dieser Normen jede abweichende Vereinbarung unwirksam wäre, könne, so folgert Ramm, dieser Teil des Arbeitsverhältnisses auch nicht durch Anfechtung beseitigt werden.

5. Die Lehre vom gesteigerten Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses [10].

Einmal weil das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, zum anderen weil es einen personenrechtlichen Einschlag hat, und schließlich wegen des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers kommt Siebert zu dem Ergebnis, daß auch das Arbeitsverhältnis einem gesteigerten Bestandschutz unterliege und der Arbeitnehmer auch bei fehlerhaftem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf vertragliche Entlohnung habe.

6. Die Rechtsprechung.

Das Reichsarbeitsgericht neigte zunächst nicht dazu, beim nichtigen Arbeitsverhältnis Besonderheiten gegenüber anderen nichtigen schuldrechtlichen Verträgen anzuerkennen [11].

Später trat das personenrechtliche Element des Arbeitsverhält-

---

9) Ramm, Thilo, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 4 Karlsruhe 1955.

10) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 81 ff.

11) RAG in ARS 6, 305; 6, 603; 7, 348; 7, 411; 15, 509.

nisses stärker hervor [12]. Schließlich entschied das Reichsarbeitsgericht, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB auf das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht anzuwenden seien, da sie seinem Wesen nicht entsprächen [13]. Vielmehr könne das Arbeitsverhältnis nur mit Wirkung für die Zukunft beendet werden [14].

Nach 1945 bestand in der Rechtsprechung zunächst keine einheitliche Linie [15]. Im wesentlichen folgten die Gerichte jedoch der Vertragstheorie [16].

III. Die Ausgliederung der faktischen Arbeitsverhältnisse aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse.

Der Überblick über die Rechtsprechung und Wissenschaft zeigt, daß Einigkeit darüber besteht, daß der Arbeitnehmer nicht durch eine rückwirkende Vernichtung des Arbeitsvertrages um seinen vertraglichen Lohn gebracht werden und auf Bereicherungsrecht verwiesen werden kann. Die Begründungen allerdings sind verschieden. Als herrschend darf wohl die Vertragstheorie bezeichnet werden. Nur Nikisch vertritt mit der Eingliederungstheorie eine Meinung, die Haupts faktischer Vertragslehre nahekommt.

Wesentlich ist, hervorzuheben, daß ein schuldrechtlicher Arbeitsvertrag unbedingt zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses nötig ist.

Nikisch meint zwar, zwischen dem völligen Fehlen und dem Vorliegen eines anfechtbaren Vertrages bestehe kein Unterschied [17],

---

12) Vgl. RAG in ARS 25, 5: hier wurde eine erhöhte Treuepflicht im Arbeitsverhältnis statuiert; ARS 33, 172: diese Entscheidung ist grundlegend. Hier wird ausgeführt, daß das Arbeitsverhältnis zwar ein Rechtsverhältnis von schuldrechtlichem Entstehungsgrund sei, aber nicht ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt gewertet werden könne, sondern überwiegend von der Gemeinschaftsseite her zu bestimmen sei und insoweit personenrechtliche Züge aufweise.

13) RAG in ARS 37, 230.

14) RAG in ARS 44, 409.

15) Simitis a.a.O. S. 368.

16) LAG Bremen RdA 48, 193, LAG Frankfurt a.M. RdA 49, 155; Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 105 Anm. 7.

17) Nikisch a.a.O. S. 141.

doch kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. In letzterem Fall ist immerhin eine Vereinbarung getroffen worden. Ein Arbeitsverhältnis kann nur im Vertrauen auf die Gültigkeit eines Arbeitsvertrages entstehen. Ein Fall eines Arbeitsverhältnisses ohne jegliche vertragliche Grundlage ist schlechthin undenkbar. Wer sich selbst ohne Willen des Unternehmers in einen Betrieb eingliedert, kann keinen Anspruch auf tarifliche Bezahlung haben.

Auch hier beruht also - ebenso wie bei der faktischen Gesellschaft - die Wirkung, daß bei nichtigem Schuldvertrag Vertragsrecht anzuwenden ist, nicht allein auf dem faktischen Vollzug, sondern es handelt sich um eine Folge der nichtigen aber bereits (einseitig) erfüllten Willenseinigung. Darin liegt der Unterschied zum echten faktischen Vertrag, der gerade völlig losgelöst von einer Willenseinigung ist und ohne jedwede Erklärungen und rechtsgeschäftlichen Bindungswillen entsteht.

Die Ansicht Haupts, Rechtsgeschäft und tatsächlicher Vollzug seien zwei gleichermaßen mögliche Begründungsweisen des Arbeitsverhältnisses, ist somit nicht zutreffend. Aus diesem Grund ist auch das faktische Arbeitsverhältnis aus der Problematik der faktischen Verträge auszugliedern [18].

---

18) So im Ergebnis auch Larenz, Lehmann und Siebert, ferner Bauer, Günter, Die Nachwirkung des faktischen Arbeitsverhältnisses aus seiner Rechtsnatur abgeleitet, Diss. Würzburg 1960, S. 27.

§ 5.

Die culpa in contrahendo.

I. Die Problematik.

Die Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschluß ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Wenn also bei Vertragsverhandlungen ein Partner verletzt oder geschädigt wird [1] und daher der Vertragsschluß unterbleibt, würde sich bei strenger Gesetzestreue die Haftung des Schädigers aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen bestimmen, denn ein Vertrag kommt ja nicht zustande. Von großer Bedeutung ist dies vor allem dann, wenn der Vertreter oder Verkäufer eines Geschäftsherrn der Schädiger ist, denn der Prinzipal kann bei einer deliktischen Haftung den Entlastungsbeweis antreten.

Haupt bringt in diesem Fall Vertragsrecht und somit auch § 278 BGB zur Anwendung und zwar ohne daß er einen Vertragsschluß im üblichen Sinne annimmt. Hier ist nach seiner Lehre ein faktisches Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontakts gegeben [2].

Für diese Arbeit gilt es zu untersuchen, ob die Fälle der culpa in contrahendo faktische Vertragsverhältnisse im Sinne der Begriffsbestimmung in § 2 V. der Arbeit sind.

Zu diesem Zweck ist zunächst ein kurzer Überblick über die Lehrmeinungen erforderlich.

II. Die Lehre Dölles [3].

Ebenso wie Haupt sieht Dölle den Rechtsgrund vorvertraglicher Haftung für die Verletzung von Erhaltungspflichten im zwischen

---

1) Weitere Fälle, die aber für diese Arbeit nicht interessieren: schuldhafte Veranlassung der Nichtigkeit oder des Nichtzustandekommens eines Vertrages, vgl. RGZ 104, 265; 147, 103 ff; ferner schuldhafte Veranlassung des So-Zustandekommens des Vertrages durch Einwirkung auf den Vertragsgegner (unrichtige Angaben, gebotene, aber unterlassene Anzeigen); vgl. Fischer, Hans-Detlev, Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung, Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages, Heide i.Holstein, 1938, S. 53.

2) Haupt a.a.O. S. 11.

3) Dölle, Hans, Außergesetzliche Schuldpflichten ZStW 103, 67 ff.

den Parteien bestehenden sozialen Kontakt [4]. Er kommt zu diesem Ergebnis, indem er induktiv eine Reihe typischer Sachverhalte daraufhin prüft, ob das Rechtsgefühl bei ihnen eine konkrete Erhaltungspflicht fordert, oder nicht. Dölle betont, daß es sich nicht um einen sozialen Kontakt rechtsgeschäftlicher Natur handle. Die Rechtsfolgen träten unabhängig vom Parteiwillen ein [5]. Den Grund, warum in den Fällen des sozialen Kontaktes ein akuteres Einstehen des Schädigers, als es der Deliktshaftung entspricht, erforderlich sei, sieht Dölle in dem Vertrauen, das sich die Partner entgegenbringen [6]. Dölle weist darauf hin, daß er das Vertrauensverhältnis nicht als Folge, sondern als Grund des Schuldverhältnisses annehme.

Das Ergebnis seiner Untersuchung faßt Dölle wie folgt zusammen [7]:

> "Der dem von einem anderen bei einem sozialen Kontakt, welcher zur Erreichung eines bestimmten, von der Rechtsordnung nicht mißbilligten Zweckes herbeigeführt worden ist, ein besonderes Vertrauen dadurch entgegengebracht wird, daß Rechtsgüter des anderen seinem Einfluß ausgesetzt werden, ist dem anderen gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß diese Rechtsgüter nicht im Zusammenhang mit dem verfolgten Ziele Schaden leiden."

Dieser Lehrsatz ist nach Dölles Auffassung Bestandteil des geltenden Rechts.

Anders als bei den Erhaltungspflichten sieht Dölle den Rechtsgrund von Aufklärungspflichten in einem sozialen Kontakt rechtsgeschäftlicher Natur, der wiederum in dem besonderen Vertrauen besteht, das sich die Parteien bei Vertragsverhandlungen gewähren [8]. Hierin besteht eine Gemeinsamkeit mit den Erhaltungspflichten.

---

4) Dölle a.a.O. S. 73.
5) Dölle a.a.O. S. 84.
6) Dölle a.a.O. S. 74.
7) Dölle a.a.O. S. 84.
8) Dölle a.a.O. S. 86.

III. Die Lehre vom stillschweigend abgeschlossenen Erhaltungsvertrag.

Siber [9] vertritt die Meinung, durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen werde ein vorbereitendes Schuldverhältnis begründet. Das Vertragsverhältnis komme stillschweigend zustande. Das Angebot sei das Offenlassen der Ladentüre oder ähnliches, die Annahme sei das Eintreten. Als Vertragsinhalt werden gegenseitige Schutzpflichten angenommen, z.B. die Pflicht des Ladeninhabers, seine Geschäftsräume in einem verkehrssicheren Zustand zu halten.

Ein weiterer Vertreter dieser Lehre ist Hildebrandt [10].

IV. Die Lehre Müllereiserts [11].

Müllereisert macht die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Schuldbegründungs-Versprechensverträgen und Leistungs-Haftungsverträgen [12]. Aus dem Schuldvertrag werde gehaftet, weil es versprochen worden ist, aus dem Haftungsvertrag jedoch, weil geleistet worden ist. Demnach definiert Müllereisert auch den Haftungsvertrag als einen Vertrag, durch dessen Zustandekommen gleichzeitig mit dem Vertragsschluß etwas geschieht [13].

Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß stützt sich nach seiner Lehre weder auf ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, noch auf ein faktisches Vertragsverhältnis oder stillschweigende Gestattungs- bzw. Erhaltungsverträge [14], sondern auf einen besonderen Haftungsvertrag. Dieser habe in etwa folgenden Inhalt [15]:

---

9) Siber, Heinrich, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, IherJ 70, 223 ff (258 ff); Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin-Leipzig, 4. Aufl. 1914 Vorbem. II 4 b vor § 275.

10) Hildebrandt, Heinz, Erklärungshaftung, Berlin und Leipzig, 1931, S. 225 ff.

11) Müllereisert, Franz Arthur, Vertragslehre, Stuttgart, 1947.

12) Müllereisert a.a.O. S. 62.

13) Müllereisert a.a.O. S. 65.

14) Müllereisert a.a.O. S. 208 f.

15) Müllereisert a.a.O. S. 211.

"(1) Wer in einer allgemein üblichen oder in einer dieser gleichzuachtenden besonderen Weise zur vorbereitenden Unterrichtung über die Bedingungen, unter welchen er grundsätzlich zum Abschluß von Verträgen bestimmter Art und über bestimmte Gegenstände bereit ist, zum Betreten seiner Geschäfts-, Lagerungs-, Besichtigungs-, oder Ausstellungsräume, oder zum Eintritt in Vertragsverhandlungen auffordert, oder sich öffentlich hierzu erbietet, haftet jedem, welcher daraufhin die Räume betritt, oder sich in Vertragsverhandlungen einläßt, wenn er dabei zu Schaden kommt, aus Vertrag, auch wenn es nicht zum Abschluß eines Vertrages kommt.

(2) Dasselbe gilt für denjenigen, welcher auf diese Weise mit dem Betreten von Räumen begonnen, oder sich in Vertragsverhandlungen eingelassen hat, wenn durch sein Verhalten der andere geschädigt wird."

V. Die Eintrittstheorie von Stoll [16].

Nach der Theorie Stolls entsteht durch das einseitige "Rechtsgeschäft" des Eintritts in die Vertragsverhandlungen das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen, kraft dessen die Parteien sich gegenseitige Rücksichtnahme auf ihre erkennbaren Interessen schulden und Erhaltungs-, Anzeige- und Aufklärungspflichten zu beachten haben. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflichten durch eine Partei verpflichtet sie zum Ersatz des Vertrauensschadens.

VI. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht hat schon in frühen Entscheidungen anerkannt, daß bei Beförderungsverträgen gewisse vertragliche Sicherungs- und Erhaltungspflichten bestehen [17]. Es hat jedoch das Bestehen konkreter Erhaltungspflichten vor und bei Vertragsschlüssen, die sich nicht mit dem Zurverfügungstellen von Räumlichkeiten befassen, verneint. Es entschied, daß ein Metzger nicht für das Verschulden seines Verkäufers, der es unterlassen hatte, Licht zu machen, wodurch sich eine Kundin verletzte, nach § 278 BGB hafte [18].

---

16) Stoll, Heinrich, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, 532; ders. Vertrag und Unrecht 4. Aufl. Tübingen 1944 S. 165, ders. JW 1933, 36 (Besprechung von Hildebrandt, Erklärungshaftung.

17) RGZ 55, 335; 65, 17; 66, 402; 73, 148.

18) RGZ 74, 124 ff.

Dem bekannten Teppichrollenfall [19] lag folgender Sachverhalt zugrunde: eine Frau betrat mit ihrem Kind ein Warenhaus und ließ sich Linoleumteppiche zeigen. Durch die Unachtsamkeit des Verkäufers fiel eine Teppichrolle um und verletzte die Kundin und ihr Kind. Ein Kaufvertrag kam nicht zustande. Das Reichsgericht billigte der Verletzten einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zu, mit der Begründung, es habe zwischen den Parteien ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis bestanden, welches einen vertragsähnlichen Charakter habe und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugen könne.

In einer späteren Entscheidung [20] hat das Reichsgericht betont, daß es bei der Frage, ob aus Vertrag oder aus Delikt gehaftet werde, entscheidend darauf ankomme, ob bereits in die Vertragsverhandlung eingetreten worden sei. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall fiel einem Warenhausbesucher ein metallner Ständer auf den Kopf. Die Schadensersatzklage gegen den Warenhausbesitzer wurde abgewiesen, weil noch keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben.

VII. Kritik.

Gegenüber der Lehre Sibers vom stillschweigenden Erhaltungsvertrag erhebt Haupt [21] zurecht den Vorwurf der Fiktion. Es denkt niemand daran, beim Betreten eines Ladens eine Willenserklärung anzunehmen oder abzugeben [22]. Siber versucht, den Vorwurf der Fiktion mit dem Hinweis auf § 157 BGB zu widerlegen, doch befaßt sich diese Bestimmung nur mit dem Vertragsinhalt. Sie kann niemals darüber Auskunft geben, ob Willenserklärungen vorliegen oder nicht. Die Verpflichtung, die Geschäftsräume in einem verkehrssicheren Zustand zu halten, ist objektiver Natur.

Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt sich einwenden, daß die Frage der Haftung nicht von dem Zufall abhängig gemacht werden darf, ob bereits Vertragsverhandlungen stattge-

---

19) RGZ 78, 239.
20) RG JW 1913, 25.
21) Haupt a.a.O. S. 10.
22) Vgl. auch Dölle a.a.O. S. 69; Stoll JW 1933, 36.

funden haben, oder nicht [23]. Außerdem besteht ein gewisser Widerspruch darin, daß das Reichsgericht ein vorbereitendes Rechtsverhältnis annimmt, diesem aber nur vertragsähnlichen Charakter beimißt [24].

An Müllereiserts Lehre ist zu kritisieren, daß das Gesetz die Unterscheidung zwischen Schuld- und Haftungsvertrag nicht kennt. Deshalb ist auch die Deutung der culpa in contrahendo als Haftungsvertrag verfehlt [25].

Stolls Eintrittstheorie kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen durch ein einseitiges Rechtsgeschäft entstehen solle, nach dieser Lehre aber die Schadensersatzverpflichtung beider Parteien rechtsgeschäftliche Natur haben.

Der Problematik wird am ehesten Dölles Lehre vom Vertrauensverhältnis gerecht. Doch hat auch diese Lösung den Nachteil, daß sie sich vom Gesetz entfernt. Um Fiktionen zu vermeiden, ist dies aber in Kauf zu nehmen.

Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts läuft im Ergebnis auf die Lehre Dölles hinaus. Das vorbereitende Rechtsverhältnis ist identisch mit dem Vertrauensverhältnis Dölles. Ein Unterschied zwischen beiden Auffassungen besteht nur hinsichtlich der Natur des Vertrauensverhältnisses. Dölles Meinung, die die rechtsgeschäftliche Natur des Verhältnisses verneint, verdient deshalb den Vorzug, weil dem Rechtsgeschäft der Rechtsfolgewille wesentlich ist [26] und ein solcher hinsichtlich der Erhaltungspflichten nicht vorliegt. Es besteht allenfalls die Absicht, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, also einen Kauf,

---

23) Haupt a.a.O. S. 9 f.

24) Dölle a.a.O. S. 69; Fischer, Gefälligkeitsfahrt S. 56; Haupt a.a.O. S. 9 Anm. 13; Siber IherJ 70, 258 f; Siber-Planck, Komm. zum BGB II 1 Vorbem. I 4 c zu §§ 275-292.

25) Müllereiserts Lehre führt allerdings zu einem zutreffenden Ergebnis. Wenn auch das BGB keinen Haftungsvertrag kennt, verdient doch der Gedanke Beachtung, daß ein bereits ganz oder teilweise erfüllter Vertrag sich in wesentlichen Punkten vom reinen Schuldvertrag unterscheidet, vgl. unten § 14.

26) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl. 2. Halbband 1960 § 137 IV 1; BGHZ 21, 106.

Miete, oder ähnliches, doch sind das vorbereitende Verhältnis und dessen Pflichten nicht rechtsgeschäftlicher Natur, solange der Wille der Parteien sich nicht auch darauf erstreckt, was sich ohne Fiktion nicht annehmen läßt.

VIII. Die Ausgliederung der culpa in contrahendo aus der Problematik der faktischen Verträge.

Der Unterschied in den Auffassungen Dölles und Haupts liegt darin, daß Haupt das Vertrauensverhältnis, das durch den sozialen Kontakt entsteht und aus den Erhaltungspflichten entspringen, als faktischen Vertrag ansieht.

Das Vertrauensverhältnis als Vertrag zu bezeichnen ist indes nicht begründet, denn es entsteht kein echtes Vertragsverhältnis mit primären Leistungsverpflichtungen, auf deren Erfüllung ohne weiteres geklagt werden könnte [27]. Es handelt sich nur um eine Haftungsgrundlage [28] mit einem Haftungsmaßstab, der dem Vertragsrecht entnommen ist und zwar als Folge des Grundsatzes von Treu und Glauben [29]. Es besteht auch kein Bedürfnis, ein Vertragsverhältnis ohne Willenseinigung anzunehmen, wie etwa in den unten behandelten Fällen der Schuldverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung. Der Grund, warum überhaupt die Frage der Anwendung von Vertragsrecht auftauchte, ist die wenig sachgemäße Regelung des § 831 BGB für enge geschäftliche Beziehungen und die Tatsache, daß § 278 BGB hier besser passen würde.

Dies kann kein Anlaß sein, die Dogmatik des BGB an einem ihrer grundsätzlichsten Punkte zu ändern. Die Fälle der culpa in contrahendo sind daher aus der Problematik der faktischen Verträge auszugliedern [30].

---

27) Vgl. Lehmann, Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse NJW 1958, 1 ff (2).

28) Esser, Josef, Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse, AcP 157, S. 86 ff (89).

29) Erman, Walter, Beiträge zur Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß, AcP 139, 273; ähnlich Ballerstedt, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter AcP 151, 501 ff. Ballerstedt begründet die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Zustimmend Wesenberg, Gerhard, Zum Stand der Diskussion um die faktischen Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19 ff.

§ 6.

Die Gefälligkeitsfahrt, das faktische Mietverhältnis und der faktische Erbvertrag.

I. Die Gefälligkeitsfahrt.

1. Die Problematik.

Wenn jemand eine andere Person in seinem Kraftfahrzeug aus Gefälligkeit mitnimmt, erhebt sich die Frage, wie der Mitnehmende für Schäden des Mitgenommenen, die durch sein (des Mitnehmenden) Verschulden entstanden sind, haften soll. Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sind offensichtlich zu streng, denn eine volle Haftung würde auch bei dem leichtesten Grad des Verschuldens eintreten. Haupt [1] nimmt hier ein faktisches Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontaktes an, das eine Beschränkung der Haftung zum Inhalt habe.

Ob dies zutreffend ist, ist im folgenden zu untersuchen.

2. Die Lehre von der stillschweigend vereinbarten Haftungsbeschränkung.

Im Jahre 1933 hatte das Reichsgericht folgenden Fall zu entscheiden [2]: eine aus Gefälligkeit auf einem Pferdefuhrwerk mitgenommene Person wurde verletzt, weil das Pferd - ohne Verschulden des Kutschers - durchging. Das RG verurteilte den Beklagten aus den §§ 833, 844 BGB zum Schadensersatz. Nachdem dieses Urteil von der Wissenschaft abgelehnt wurde [3], entschied das Reichsgericht später in einem ähnlichen Fall [4], die Haftung aus § 833 BGB sei durch "stillschweigendes Übereinkommen der Parteien" ausgeschlossen.

---

30) So auch Lehmann NJW 58, 1; Esser AcP 157, 89; Larenz Karl, Die Begründung der Schuldverhältnisse durch sozialtypisches Verhalten NJW 1956, 1898; ders. Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt MDR 1954, 515 ff.

1) Haupt a.a.O. S. 12.

2) RGZ 54, 73.

3) Litten, Fritz, Zur Änderung des § 833 des Bürgerlichen Gesetzbuches DJZ 05, 341; Hellwig, Konrad, Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung DJZ 06, 1298; Danz, Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung, DJZ 05, 383 ff; vgl. Fischer, Gefälligkeitsfahrt, S. 7.

4) RGZ 65, 313 ff.

Diese Rechtsprechung vom stillschweigenden Haftungsausschluß bzw. der stillschweigenden Haftungsbeschränkung wurde vom Reichsgericht weiter verfolgt [5] und vom BGH übernommen [6].

3. Die Lehre Müllereiserts.

Auch bei der Gefälligkeitsfahrt trennt Müllereisert scharf zwischen dem Schuldbegründungsakt und dem Leistungsaustausch [7].

Die tatsächlich vollzogene Mitnahme im Wagen sei ein Haftungsvertrag, der folgenden Inhalt habe [8]:

> "Werden Leistungen aus eigener Gefahr heraus bewirkt und entgegengenommen, für welche ein beschränkter Versicherungsschutz besteht, dann kann eine Haftung grundsätzlich nur im Rahmen dieses Versicherungsschutzes, darüber hinaus aber nur dann in Anspruch genommen werden, wenn und soweit dies unter Berücksichtigung des beiderseitigen Verhaltens und der beiderseitigen Verhältnisse zumutbar erscheint".

4. Die Lehre Fischers.

Fischer ist der Meinung, die Haftungsbeschränkung bei der Gefälligkeitsfahrt rechtfertige sich aus dem übereinstimmenden Rechtsempfinden der Rechtsprechung, Wissenschaft und des Volkes, dem neben Gesetz und Gewohnheitsrecht der Rang einer dritten Rechtsquelle zukomme [9].

5. Kritik.

Einigkeit besteht darin, daß die deliktische Haftung unangebracht ist. Daß die Lehre von der stillschweigenden Haftungsbeschränkung auf einer Fiktion beruht, ist offensichtlich [10].

Zur Kritik Müllereiserts kann auf das oben unter § 5 VII. Gesagte verwiesen werden.

---

5) RGZ 145, 394.

6) BGHZ 2, 159 ff.

7) Müllereisert a.a.O. S. 235.

8) Müllereisert a.a.O. S. 239.

9) Fischer, Gefälligkeitsfahrt, S. 84.

10) Dies betont auch Fischer a.a.O. S. 13 ff; ebenso Lichtenfels, Kurt, Haftungsausschluß unter bes. Berücksichtigung der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt, Diss. Köln 1957, S. 69.

Die Lehre Fischers enthält keine ausreichende dogmatische Begründung. Letzten Endes ist natürlich die Billigkeit der Grund für die Haftungsbeschränkung.

Richtig ist, daß ebenso wie bei der culpa in contrahendo die Rechtsfolge unabhängig vom Parteiwillen eintritt. Ein faktisches Vertragsverhältnis braucht deshalb aber nicht angenommen zu werden, da keine primären Leistungspflichten vorhanden sind. Es handelt sich, ebenso wie bei der culpa in contrahendo nur um die Frage der Haftung, im Gegensatz zu dieser aber um eine Haftungsminderung.

Die Gefälligkeitsfahrt ist kein faktischer Vertrag.

II. Das faktische Mietverhältnis.

1. Die Problematik.

Ebenso wie bei der faktischen Gesellschaft und beim faktischen Arbeitsverhältnis ist das Problem beim faktischen Mietverhältnis, was geschehen soll, wenn sich nach Vollzug desselben herausstellt, daß eine gültige schuldrechtliche Grundlage fehlt. Das sind also die Fälle, wo der Mietvertrag von Anfang an nichtig war oder durch Anfechtung vernichtet wurde.

Nach Haupts Meinung [11] entsteht hier ein faktisches Vertragsverhältnis kraft des sozialen Kontaktes zwischen Mieter und Vermieter.

2. Die gesetzestreue Richtung.

Die bei weitem herrschende Meinung [12] nimmt allerdings an, daß die Bestimmungen über die Anfechtung und Nichtigkeit von Verträgen auch für den Mietvertrag uneingeschränkt gelten.

---

11) Haupt a.a.O. S. 15; ebenso Simitis a.a.O. S. 440 ff.

12) Dölle, ZStW 103, 97; Staudinger-Coing BGB 11. Aufl. Vorbem. 24 b vor § 116; Staudinger-Kiefersauer BGB 11. Aufl. Vorbem. 85 vor § 535, Anm. 63, 67 ff, 86, 102 zu § 535, Anm. 4 zu § 537; Lippmann, Studien zu § 119 Abs. 2 BGB, AcP 102, 283 ff Gschnitzer IherJ 76, 396 ff; Ermann-Schopp, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. Münster 1958, Vorbem. 1 vor § 535; Palandt-Gramm, Komm. zum BGB, 20. Aufl. München 1961 Anm. 1 zu § 535; Esser, Josef, Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960, S. 252; Kiefersauer, Fritz, Anmerkung zu einem Urteil des LG Berlin v. 30.5.1952, JR 1953, 24; Hans, Heinrich, Das Mieterschutzgesetz, 6. und 7. Aufl. Münster 1956 § 1 Anm. 2; Mittelstein, Max, Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 4. Aufl.

Als Folge davon finden auch die Vorschriften über den Mieterschutz keine Anwendung [13].

3. Die Lehre Roquettes.

Ohne grundsätzliche Ausführungen über faktische Verträge zu machen, schließt Roquette [14] die Anfechtung eines bereits vollzogenen Mietvertrages aus, lediglich aus dem Gesichtspunkt, weil die empfangene Leistung, das Bewohnen der Wohnung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

Dieser Auffassung hat sich vereinzelt die Rechtsprechung angeschlossen [15].

4. Das dynamische Rechtsdenken Müllereiserts.

Auch im Mietrecht ist nach der Theorie Müllereiserts der Haftungsleistungsvertrag die rechtsdogmatische Grundlage für die Einrenkung nichtiger oder fehlerhaft zustandegekommener "Mietversprechenswillensverträge", nachdem diese durch Eintritt in den Leistungsaustausch Haftungsverträge geworden sind [16]. Daher könne auch die Anfechtung des schuldrechtlichen Mietvertrages nicht die rückwirkende Nichtigkeit des Mietverhältnisses zur Folge haben [17].

5. Ausgliederung des faktischen Mietverhältnisses aus der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse.

Selbst wenn die Meinung Roquettes richtig sein sollte, daß nämlich die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Mietvertrages nicht auch die Nichtigkeit des Mietverhältnisses zur Folge habe, so kann das faktische Mietverhältnis doch nicht als faktischer Vertrag betrachtet werden.

Berlin 1932, S. 188 f, 191 ff; ebenso die Rechtsprechung des Reichsgerichts: RGZ 38, 199; 86, 334; 90, 436; 102, 225; 157, 174.

13) Staudinger-Kiefersauer a.a.O. Vorbem. 58 vor § 535; RGZ 102, 186; 103, 371; 104, 364; 113, 161.

14) Roquette, Hermann, Mietrecht, 4. Aufl. Tübingen 1954, S.147.

15) LG Berlin JR 1953, 24, mit Anm. von Kiefersauer.

16) Müllereisert a.a.O. S. 199 ff.

17) Müllereisert a.a.O. S. 188.

Ebenso wie in allen bisher behandelten Fällen ist nicht ein rein tatsächliches Verhalten der Grund des Bestehens des Mietverhältnisses, sondern die Parteien haben geglaubt, einen gültigen Vertrag zu vollziehen. Gehandelt wurde im Vertrauen auf die Gültigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Ein bloßes Bewohnen ohne auch nur einen stillschweigenden Vertrag kann niemals ein Mietverhältnis entstehen lassen. Ein Bewohnen ohne Einwilligung des Berechtigten ist eine unerlaubte Handlung.

Auch das stillschweigend verlängerte Mietverhältnis des § 568 BGB ist kein faktischer Vertrag wie Haupt meint. Diese Bestimmung fingiert lediglich das Fortbestehen eines bereits vollzogenen Mietvertrages, setzt also einen solchen voraus [18]. Diese gesetzliche Fiktion ist ebenso ein Beispiel für Vertragswirkung ohne gültigen Vertragsschluß, wie alle bisher erörterten Fälle, jedoch besteht keine Veranlassung, ihretwegen eine neue Vertragstheorie zu entwickeln.

Das faktische Mietverhältnis ist daher ebenfalls aus der Problematik herauszunehmen.

III. Der faktische Erbvertrag.

Mit Beschluß vom 5.2.1957 [19] hat der BGH entschieden, daß ein Erbvertrag auch ohne Beachtung der gesetzlichen Formvorschriften gültig sein könne. Das Gericht führte aus, in besonders gelagerten Fällen könne es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar sein, daß ein Vertrag, der den gesetzlichen Formvorschriften nicht entspreche, als nichtig angesehen werde. Der BGH berief sich u.a. auch auf eine Bemerkung Larenz' [20], wonach niemand den rechtlichen Konsequenzen seines Handelns ausweichen

---

18) Eine im Schrifttum vertretene Meinung (vgl. Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903, § 170 Nr. 1) nimmt an, es handle sich um einen durch konkludente Handlungen abgeschlossenen formell neuen Vertrag. Dies ist unrichtig. Das Gesetz knüpft von sich aus an gewisse objektive Tatsachen die Wirkung einer Verlängerung des alten Mietverhältnisses.

19) BGH NJW 1957, 787 ff.

20) Larenz NJW 56, 1897.

könne. Der BGH führte aus, ein Vertrag, also auch eine Vereinbarung über die Hoferbfolge setze grundsätzlich übereinstimmende Willenserklärungen bzw. ein übereinstimmendes willentliches Verhalten voraus. Ein Hofeigentümer, der ein Verhalten an den Tag lege, aus dem in Verbindung mit dem Verhalten des in Aussicht genommenen Hoferben eine Vereinbarung über die Hoferbfolge gefolgert werden müsse, könne sich nicht darauf berufen, daß er einen entsprechenden Willen nicht gehabt habe. Daß Vertragsverhältnisse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch durch tatsächliche Vorgänge, nicht bloß durch auf die Rechtsfolgen gerichtete Erklärungen begründet werden könnten, habe der BGH bereits anerkannt. Die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon bei Lebzeiten bindend zu regeln, lege eine Übertragung der Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge des Höferechts nahe.

Der BGH erkennt also auch einen faktischen Erbvertrag an. Diese Entscheidung wird allerdings sogar von Larenz abgelehnt [21], obwohl Larenz im übrigen die BGH Rechtsprechung zu den faktischen Verträgen billigt. Er führt aus, die Bestimmung eines Hoferben berühre die Privatsphäre so stark, daß sie unbedingt der freien individuellen Entschließung vorbehalten bleiben müsse. Eine Schematisierung, wie sie bei massenhaften gleichförmigen Vorkommnissen unumgänglich sei, sei hier nicht eingetreten und unangebracht.

Lehmann [22] sieht in dieser Entscheidung eine Gefahr für die Rechtssicherheit.

Ob die BGH Entscheidung im Ergebnis zu billigen ist, ist eine Frage, die hier nicht beantwortet werden braucht. Es muß jedoch betont werden, daß die Konstruktion des BGH - entgegen seiner eigenen Überzeugung - keinen faktischen Vertrag beinhaltet.

---

21) Larenz, Karl, Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 58, 247 Anm. 21

22) Lehmann, Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 58, 1 ff (2).

Oben [23] wurde ausgeführt, ein faktischer Vertrag komme nicht durch Willenseinigung zustande. Der BGH gründet die Rechtswirksamkeit der Erbeneinsetzung aber auf einen Vertrag, der durch konkludentes Verhalten entstanden ist. Auch konkludentes Verhalten kann eine Willenserklärung sein, wenn Erklärungsbewußtsein und ein entsprechender Geschäftswille vorliegen [24]. Beide Voraussetzungen waren in dem entschiedenen Fall offensichtlich nicht gegeben. Jedoch ist aus Gründen des Verkehrsschutzes ein Verhalten auch beim Mangel des inneren Tatbestandes als oder wie eine Willenserklärung zu behandeln und den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte zu unterstellen [25].

Ob das Vorliegen eines Rechtsfolgewillens für eine Willenserklärung notwendig ist, braucht hier nicht ausgeführt zu werden[26]. Entscheidend ist aber, daß die Vertragswirkung in dem vom BGH entschiedenen Fall deshalb eintrat, weil ein Rechtsfolgewille vermutet wurde. Nur wenn es auf einen Rechtsfolgewillen überhaupt nicht angekommen wäre, hätte ein faktisches Vertragsverhältnis gegeben sein können.

Somit ist auch der "faktische Erbvertrag" kein echtes faktisches Vertragsverhältnis und aus dem Thema auszugliedern.

---

23) Vgl. oben § 2 V.
24) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 145 II 4, S. 901.
25) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 153 IV B 1.
26) Vgl. aber unten § 10.

2. K a p i t e l

Die Lehre von den faktischen Verträgen.

§ 7.

Das Schuldverhältnis aus sozialer Leistungsverpflichtung.

I. Die Problematik.

Es hat sich gezeigt, daß in vielen Fällen eine Vertragswirkung ohne gültigen Vertrag eintreten kann [1]. Wenn die faktische Gesellschaft, das faktische Arbeitsverhältnis, die culpa in contrahendo, das faktische Mietverhältnis und die Gefälligkeitsfahrt doch nicht als faktische Verträge bezeichnet wurden, dann deshalb, weil entweder die Vertragswirkung nur aufgrund faktischen Vollzugs eines nichtigen schuldrechtlichen Vertrages beruhte oder ein amorphes Verhältnis, das nur eine verstärkte [2] oder eine abgeschwächte [3] Haftung zum Gegenstand hat, nicht als vollwertiger Vertrag bezeichnet werden kann.

Anders ist es jedoch bei den Schuldverhältnissen aus sozialer Leistungsverpflichtung. Hier handelt es sich um die völlige Ersetzung des Vertragsschlusses durch Willenseinigung durch ein rein tatsächliches Verhalten [4]. Das Mindesterfordernis eines, wenn auch nichtigen schuldrechtlichen Vertrages ist hier nicht gegeben. Das Vertragsverhältnis, das entsteht, ist ganz konkreter Natur und hat normale schuldrechtliche Leistungsverpflichtungen zum Inhalt. Als Beispiele nennt Haupt die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel und die Inanspruchnahme von Leistungen der Energieversorgung. Er begründet die konstituierende Kraft des faktischen Verhaltens in diesen Fällen mit der Behauptung, ein Vertragsschluß durch Willenseinigung sei hier eine reine

---

1) Vgl. dazu Leser, Hans, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Köln 1956, S. 46.

2) Culpa in Contrahendo.

3) Gefälligkeitsfahrt.

4) Auch Simitis a.a.O. S. 506 erkennt an, daß es sich hier um die am treffendsten charakterisierte Gruppe handelt.

Fiktion [5].
In diesem und den folgenden Paragraphen ist die Berechtigung dieser Lehre zu untersuchen.

Haupts und Larenz' [6] Thesen haben inzwischen Zustimmung, Ablehnung und Modifizierungen erfahren. Die einzelnen Lehrmeinungen werden im folgenden dargestellt.

II. Die Lehre vom Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten.

Larenz hat die Lehre Haupts eingeschränkt [7] und unter der Bezeichnung "Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten" weiterentwickelt [8]. Er sieht den Grund für die bindende Wirkung des faktischen, oder wie er es nennt, des sozialtypischen Verhaltens nicht in der normativen Kraft des Faktischen, sondern in einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, die sich für bestimmte Verhaltensweisen im Verkehr gebildet habe [9]. Larenz beschränkt seine Lehre auf die Fälle der tatsächlichen Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen, z.B. die Straßenbahnfahrt, die Benutzung eines gebührenpflichtigen Parkplatzes, die Entnahme von Strom, Gas und Wasser [10]. Zustande komme der Vertrag durch die tatsächliche Annahme des öffentlichen Angebotes. Beides seien keine Rechtsgeschäfte, lediglich die Bekanntgabe des Tarifes durch den Versorgungsbetrieb sei rechtsgeschäftlicher Natur [11]. Nach Larenz Ansicht kommt es im Gegensatz zu Haupt [12] nicht darauf an, ob das Versorgungsunternehmen dem Gebot des Kontrahierungszwanges untersteht [13].

---

5) Haupt a.a.O. S. 20.

6) Als weiterer Vertreter der faktischen Vertragslehre ist Tasche, Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß IherJ 90, 101 ff zu nennen, ferner Esser, Schuldrecht, § 10 Nr. 4; Leser a.a.O. S. 47.

7) Auf die hier zu erörternden Schuldverhältnisse aus sozialer Leistungsverpflichtung.

8) Larenz, Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund DRiZ 1958, 245 ff; ders. Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt, MDR 1954, 515 ff; ders. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff; ders. Lehrbuch des Schuldrechts Allg. Teil, 4.Aufl. München und Berlin 1960, S. 27 ff.

9) Larenz, DRiZ 58, 247.

10) Larenz NJW 56, 1897 f.

III. Die Lehre Simitis'.

Nach Simitis' Meinung ist die Problematik der faktischen Verträge der Ausdruck des sich vollziehenden Wandels in der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis [14]. Simitis geht davon aus, daß es sich bei den faktischen Verträgen um Sachverhalte handelt, denen der Gesetzgeber die Anerkennung als Vertragsverhältnisse versagt hat. Ihre Rechtfertigung könne diese Lehre daher nur dann finden, wenn es nachzuweisen gelänge, daß ein Wandel der sozialen Funktion die Einschränkung der Anwendung bestimmter, seine Form konstituierende Vorschriften fordere, sodaß die zu erfassenden Vorgänge nicht mehr als gesetzwidrig erscheinen würden [15]. In seiner umfangreichen Untersuchung kommt Simitis zu dem Ergebnis, daß sich seit dem Inkrafttreten des BGB die soziale Funktion des Vertragsbegriffes gewandelt habe. Als Erscheinungsform des Rechts sei ein jedes Rechtsinstitut - und so auch der Vertrag - Deutungsschema der das Recht bestimmenden und zustandebringenden Wirklichkeit [16]. Die kodifizierte oder von der Wissenschaft entwickelte Erscheinungsform eines Rechtsinstituts sei daher ein "Erstarrungsprodukt" eines Entwicklungsprozesses [17]. Ursächlich für den Wandel des Begriffes des Vertrages sei eine in immer stärkerem Maße eintretende Vermassung und Verdinglichung. Durch den ersten dieser beiden Begriffe will Simitis andeuten, daß es sich schon in der einfacheren Form der alltäglichen Geschäfte, die Beseitigung des Individuums als Vertragspartner vollziehe. Vertragspartner sei nicht mehr der Einzelne, sondern schlechthin jeder, der bereit ist, die gestellten, dem Vertragsschluß vorgegebenen Bedingungen zu erfüllen [18]. Die Faktoren, die das

---

11) Larenz NJW 56, 1899.
12) Haupt a.a.O. S. 21.
13) Larenz NJW 56, 1898.
14) Simitis a.a.O. S. 96.
15) Simitis a.a.O. S.101.
16) Simitis a.a.O. S. 52.
17) Simitis a.a.O. S. 53.
18) Simitis a.a.O. S. 87.

Vertragsverhältnis bestimmten, seien fest und unabänderlich, jede Wertung individuellen Charakters sei ausgeschaltet. Typisierung, Schematisierung und Nivellierung seien die kennzeichnenden Elemente dieser Entwicklung. Die eingetretene Verdinglichung sieht Simitis darin, daß nicht mehr die Person, sondern die Sache der Mittelpunkt aller rechtlichen Überlegungen über das Vertragsverhältnis sei [19]. Dazu komme das Spannungsverhältnis zwischen der formalen rechtlichen Gleichheit, von der das Gesetz ausgeht und der in Wirklichkeit bestehenden wirtschaftlichen und tatsächlichen Ungleichheit der Parteien [20].

Aufgrund dieser Beobachtungen der Wirklichkeit gelangt Simitis zu dem Schluß, daß das Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen nur eine historisch begründete Möglichkeit der Entstehung eines Vertragsverhältnisses sei [21]. Daneben bestehe allerdings der Vertragsschluß durch Willenseinigung als die primäre Begründungsmöglichkeit eines Vertrages. Das faktische und das "vertragliche Vertragsverhältnis" seien nicht zwei sich gegenseitig ausschließende, sondern im Gegenteil sich ergänzende konstituierende Elemente eines einheitlichen Rechtsinstituts, des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis als solchen [22]. Auf faktische Vertragsverhältnisse seien daher alle Bestimmungen über Verträge anzuwenden, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf die Entstehung gerade durch Willenserklärungen beziehen. Simitis erkennt faktische Vertragsverhältnisse auch für den Bereich der Daseinsvorsorge an und hält hier Willenserklärungen für schlechthin inexistent [23].

IV. Die Lehre Bettis [24].

Auch Betti erkennt an, daß im Massenverkehr an die Stelle ver-

---

19) Simitis a.a.O. S. 88.

20) Simitis a.a.O. S. 90 f.

21) Simitis a.a.O. S. 537.

22) Simitis a.a.O. S. 541.

23) Simitis a.a.O. S. 524.

24) Betti, Emilio, Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Lehmann Bd. I 1956, S. 253 ff; ders. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für Leopold Wenger, Bd. I München 1944; ders. Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (C sa) des Rechtsgeschäfts, Festschrift für Paul Koschaker Bd. I, Weimar 1939.

traglicher Erklärungen das tatsächliche Angebot einer Leistung und die tatsächliche Inanspruchnahme durch den Verkehrsteilnehmer trete. Weder Angebot noch Annahme seien Willenserklärungen, wohl aber ein konkludentes Verhalten, das nach seiner sozialtypischen Bedeutung als eine Betätigung der Privatautonomie hervortrete und daher rechtsgeschäftlicher Natur sei [25]. Um das erkennen zu können, müsse man sich von der doktrinären Denkform einer auf die rechtlichen Wirkungen abzielenden "Willens"-Erklärung befreien und mit größerer Lebensnähe die soziale Erheblichkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns bestimmen. Das Wesen rechtsgeschäftlichen Handelns sei gekennzeichnet durch einen bewußten Kontakt zwischen der Interessensphären zweier Rechtsgenossen zum Zwecke der Interessenregelung.

V. Die Rechtsprechung.

In der bekannten Parkplatzentscheidung [26] hat der BGH die Lehre Haupts vom Schuldverhältnis aus sozialer Leistungsverpflichtung anerkannt. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein Kraftfahrer hatte wiederholt einen bewachten parkgeldpflichtigen Parkplatz benutzt, aber vor dem Parken jeweils erklärt, daß er sowohl die Bewachung als auch die Bezahlung eines Entgeltes ablehne. Der BGH gab der Klage auf Bezahlung der tariflichen Parkgeführen statt und begründete das Urteil mit der Annahme eines faktischen Vertrages, der durch tatsächliche Inanspruchnahme der Parkmöglichkeit entstanden sei. Das Gericht führte aus, die Lehre Haupts, Larenz' und Tasches führe, ohne den Gegebenheiten des Lebens im heutigen Massenverkehr Zwang anzutun, zu einem Ergebnis, das der Erscheinung eines solchen typischen menschlichen Verhaltens in sinnvoller Weise entspreche. Weiter führt der BGH aus, wer während der Bewachungszeit die besonders kenntlich gemachte Parkfläche zum Parken benutze, führe schon dadurch, daß er das tue, ein vertragliches Rechtsverhältnis herbei, das ihn zur Bezahlung eines Entgelts entsprechend dem Park-

---

25) Betti, Über sog. faktische Vertragsverhältnisse S. 256.

26) BGHZ 21, 319 ff = NJW 1956, 1475 ff = MDR 1957, 153 f (= mit ablehnender Anmerkung von Blomeyer) = JZ 1957, 58 = Betrieb 1956, 817.

geldtarif verpflichte. Auf seine etwaige abweichende innere Einstellung - mag sie auch von dem parklustigen Kraftfahrer bei Beginn des Parkens dem Ordner der Klägerin zum Ausdruck gebracht worden sein - komme es nicht an [27].

In einem weiteren Urteil [28] hat der BGH diese Rechtsprechung anläßlich der tatsächlichen Inanspruchnahme von Leistungen der Energieversorgung (Gas, Wasser, Strom) bestätigt.

VI. Kritik.

Soweit es von den Erkenntnissen Haupts und Larenz' abweicht, wird das Werk Simitis' im allgemeinen negativ kritisiert [29]. Simitis' Bestreben war aber nicht, schlechthin eine faktische Vertragslehre zu entwickeln, sondern es geht ihm um den Nachweis, daß sich die soziale Funktion des Vertrages gewandelt habe und daß daraus die notwendigen Folgerungen für die zivilrechtliche Dogmatik zu ziehen seien [30]. Dies ist Simitis gelungen, soweit es die Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten angeht. Die übrigen vertragsähnlichen Verhältnisse waren jedoch auszugliedern. Zu weit geht seine Behauptung, daß Willenserklärungen für den Bereich der Daseinsvorsorge schlechthin inexistent seien [31].

---

27) BGHZ a.a.O. S. 335.

28) BGH NJW 1957, 627. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet: Wer die Leistungen eines Versorgungsunternehmens für Wasser, Gas oder elektrischen Strom z.B. als Wohnungsinhaber und Haushaltungsvorstand tatsächlich in Anspruch nimmt, kommt schon dadurch in ein Vertragsverhältnis zu dem Unternehmen.

29) Vgl. Ballerstedt, Kurt, Besprechung von Simitis AcP 157, 117 ff; Esser, Josef, Gedanken zur Dogmatik der Faktischen Schuldverhältnisse AcP 157, 98 f; Larenz NJW 1958, 862 f; Blomeyer, Arwed, Besprechung von Simitis, MDR 1957, 447; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 9 Anm. 10; lediglich E. Steindorff BB 1958, 492 nimmt positiv Stellung und befürwortet eine streng soziologische Betrachtungsweise.

30) Vgl. Ballerstedt AcP 157, 117.

31) Larenz DRiZ 1958, 247 Anm. 22.

Bettis Lehre ist zutreffend, soweit sie anerkennt, daß im Massenverkehr an die Stelle von Willenserklärungen ein rein tatsächliches Verhalten tritt. Seine Ansicht, daß dieses tatsächliche Verhalten rechtsgeschäftlicher Natur sei, kann allerdings nicht gebilligt werden, denn die Willenserklärung ist gerade das Kernstück eines jeden Rechtsgeschäfts [32]. Wollte man das rein tatsächliche Verhalten noch als Rechtsgeschäft betrachten, würde dieser Begriff seine Bedeutung verlieren [33].

In Ihrer reinsten Form verkörpert sich die Lehre vom faktischen Vertrag bei Haupt, Larenz und in der Rechtsprechung des BGH. Hieran Kritik zu üben, bedeutet entweder die faktische Vertragslehre als solche anerkennen oder ablehnen. Damit befaßt sich der nächste Paragraph.

---

32) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 145 I; Staudinger-Coing a.a.O. Anm. 2 f vor § 104; Eltzbacher, Paul, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1903, S. 123; ebenso auch die Motive I 126: Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines Rechtserfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist; vgl. auch RGZ 68, 324.

33) Larenz DRiZ 58, 246.

§ 8.

Die Lösung des Problems durch die Gegner der Lehre vom faktischen Vertrag.

I. Die Kritik an der faktischen Vertragslehre im allgemeinen.

Die Lehre vom faktischen Vertrag ist seit ihrer Begründung durch Haupt heftig umstritten. Daß Haupt und Simitis zu verschiedenartige Fallgruppen unter diesen Oberbegriff nahmen, wurde bereits dargelegt. Aber auch an der Lehre vom Schuldverhältnis aus sozialer Leistungsverpflichtung bzw. kraft sozialtypischen Verhaltens, sowie den BGH-Urteilen wird von namhaften Gelehrten heftige Kritik geübt. Sie gipfelt in den Worten Heinrich Lehmanns, im Parkplatzurteil des BGH zeige sich eine Verwilderung der Rechtsprechung, die zu einer Knochenerweichung des Schuldrechts führen müsse [1]. Lehmann befürchtet, daß die von ihm bekämpfte Lehre eine allgemeine Rechtsunsicherheit zur Folge habe. Er hält die Ersetzung des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses durch einen faktischen für eine ungebundene Interessenjurisprudenz [2]. Im Gesetzesstaat dürfe das wertende Zweckdenken nur zur gesetzestreuen Einschränkung und Erweiterung eines Gebotsinhaltes, niemals aber zu einer eigengesetzlichen Wertung ohne Anknüpfung an die Werturteile des Gesetzgebers verwandt werden [3].

Trotz dieser Kritik ist man sich darüber im klaren, daß die Vorschriften des BGB über Willenserklärungen, die einen nach wirtschaftlichen Motiven ausgehandelten Leistungsaustausch voraussetzen, auf die Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen weitgehend nicht passen [4].

Im folgenden soll dargestellt werden, auf welche Weise die Gegner der Lehre von den faktischen Verträgen die hier vorliegende Problematik zu lösen versuchen.

---

1) Lehmann, NJW 58, 2; ders. Das "faktische Vertragsverhältnis" IherJ 90, 131 ff (137); auch H. Wolff, Über faktische Vertragsverhältnisse NJW 1953, 1250 sieht in der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen eine Gefahr für die Rechtssicherheit.

2) Lehmann a.a.O. S. 2.

3) Lehmann a.a.O. S. 1.

4) Lehmann a.a.O. S. 4.

II. Die Lösung durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß [5].

Die Vertreter dieser Richtung [6] sind der Ansicht, daß auch das"sozialtypische Verhalten" einen Erklärungswert habe [7]. Wenn eine Straßenbahn an einer Haltestelle halte, so komme für jeden erkennbar zum Ausdruck, daß die Bahn alle Benutzer gegen ein bestimmtes Entgelt befördern wolle. Das genüge, um ein rechtsgeschäftliches Angebot im Sinne der §§ 145 ff BGB zu rechtfertigen. Die Annahme erfolge nach § 151 BGB [8].

Lehmann, Nipperdey und Siebert wollen den problematischeren Fall, daß der Benutzer erklärt, keinen Vertrag abschließen zu wollen, von der Versorgungseinrichtung aber doch Gebrauch macht, mit der Rechtsfigur der protestatio facto contraria lösen [9].

Dieser Grundsatz besagt, daß irgendwelche Erklärungen, die mit dem tatsächlichen Verhalten des Erklärenden im Widerspruch stehen, unbeachtlich seien [10]. Dem liegt zugrunde, daß man den

---

5) Der Unterschied dieser Meinung zu der Bettis liegt darin, daß Betti das sozialtypische Verhalten zwar nicht als Willenserklärung, aber als Rechtsgeschäft versteht, während die hier geschilderte Meinung einen rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß durch Willenseinigung annimmt.

6) Lehmann, Nipperdey, Siebert.

7) Lehmann NJW 58, 2.

8) Nipperdey, Hans Karl, Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 1957, 129; Lehmann NJW 58, 4.

9) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, § 26 IV; Lehmann NJW 1958, 2; Nipperdey MDR 1957, 129; Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 163 VII 3a; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 33 ff; ferner Staudinger-Coing, Komm. zum BGB, 11. Aufl. Vorbem. 9 vor § 116 ff; Wieacker, Franz, JZ 1957, 61 (Anm. zum Parkplatzurteil); Palandt-Danckelmann, 20. Aufl. Vorbem. 3 vor § 145.

10) Über die protestatio facto contraria vgl. Riezler, Erwin, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 119; Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 153 V; auch das Reichsgericht hat von der Rechtsfigur der protestatio facto contraria Gebrauch gemacht. Es hat entschieden, (RGZ 111, 312) wer den allgemeinen Lieferungsbedingungen eines Städtischen Elektrizitätswerkes widerspreche, aber gleichwohl Strom beziehe, unterwerfe sich trotz seines Widerspruches durch den weiteren Strombezug dieser Preisfestsetzung. Welche Beweggründe für den Weiterbezug maßgebend gewesen seien, sei gleichgültig. Der aufrechterhaltene Widerspruch habe die Bedeutung einer protestatio facto contraria, sei unvereinbar mit dem wirklichen Verhalten und daher unbeachtlich.

aus einem bestimmten Verhalten oder einer bestimmten Erklärung zu ziehenden Schluß auf einen Geschäftswillen von vornherein durch eine Verwahrung (Protestation) ausschließen kann. Man ist also der Ansicht, wer einen Parkplatz oder eine Straßenbahn benütze, habe durch sein Verhalten die Geltendmachung einer anderen Auslegung als die Deutung als Annahmeerklärung verwirkt [11].

Siebert [12] schlägt noch eine weitere Lösungsmöglichkeit vor, die die Verwendung der protestatio facto contraria unnötig mache. Wenn ein Parkplatzbenutzer ausdrücklich gegen die entgeltliche Überwachung protestiere, so äußere er eine bestimmte Rechtsauffassung. Der Protest betreffe dann nur eine reine Rechtsfrage, also die Frage der Rechtsfolge seines Verhaltens, nicht den eigentlichen und unmittelbaren Inhalt seiner Erklärung. Der Benutzer habe das Risiko seiner Erklärung zu tragen. Jedermann müsse die richtige Rechtsfolge seines Verhaltens gegen sich gelten lassen.

III. Die Lösung mit Bereicherungsrecht.

Blomeyer [13], Lehmann [14] und Siebert [15] halten den Anspruch eines Versorgungsunternehmens auf Bezahlung des tariflichen Entgeltes auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung für begründet. Der BGH hatte in seinem Parkplatzurteil ausgeführt, die Feststellung der Höhe der Bereicherung begegne erheblichen Schwierigkeiten, denn diese hänge davon ab, wieviel Zeit aufgewendet werden müsse, um bei Beginn und bei Beendigung des Parkens einen geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche aufzusuchen und wieviel Treibstoff dabei verbraucht werden würde [16]. Dem hält Blomeyer entgegen, daß im Bereicherungsrecht der Grundsatz gelte, daß der unbefugte Be-

---

11) Lehmann NJW 1958, 5.
12) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 35 f.
13) Blomeyer, Anm. zum Parkplatzurteil des BGH, MDR 1957, 153 f.
14) Lehmann NJW 1958, 5; Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 221 II 1.
15) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 36.
16) BGHZ 21, 336.

nutzer einer fremden Sache, die er nur gegen Entgelt hätte benutzen können, den eingesparten Betrag nach § 812 BGB schulde. Er könne sich nicht darauf berufen, daß er sich anderweit beholfen hätte [17].

IV. Die Lösung durch Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dorn [18] löst die Problematik der faktischen Verträge durch das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag. Er weist darauf hin, daß ein Straßenbahnunternehmen, das ein Betrieb der Daseinsvorsorge sei, die Beförderung auch im Interesse der Fahrgäste vornehme. Nach § 686 BGB sei ein Handeln für einen bestimmten Geschäftsherren nicht erforderlich. Somit liege immer dann eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor, wenn der schuldrechtliche Vertrag zwischen Schaffner und Fahrgast nichtig sei. Auch ein Handeln aufgrund eines nichtigen Vertrages oder bei irriger Annahme einer Verpflichtung könne Geschäftsführung ohne Auftrag sein [19].

V. Die Lösung durch Anwendung öffentlichen Rechts.

Löning [20] schlägt vor, die gesamten Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge dem öffentlichen Recht zu unterstellen, auch wenn Versorgungsunternehmen bisher als Handelsgesellschaften organisiert waren. Von diesem Standpunkt aus sei es verständlich, daß die Gewährung der betreffenden Versorgungsleistung nicht aufgrund eines Vertragsschlusses erfolge.

VI. Stellungnahme.

1. Zur Kritik im allgemeinen.

Die Meinung Lehmanns, die Rechtssicherheit werde durch die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis untergraben, ist nicht be-

---

17) So auch RGZ 97, 312.

18) Dorn, Horst, Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag (Zugleich ein Versuch, den Anwendungsbereich der §§ 677 ff BGB zu erweitern), Diss. Erlangen 1960 S. 79 ff.

19) Dorn a.a.O. S. 20.

20) Löning, Faktische Verträge oder öffentliches Recht? ZAKDR 1942, 289 ff.

gründet. Mit dem Mittel der Fiktion und der Ausweitung des Begriffes der Willenserklärung haben Rechtsprechung und Lehre bisher die gleichen Ergebnisse erreicht, wie der BGH in seinen umstrittenen Entscheidungen. Es braucht nur auf die von Haupt zitierte Flughafenentscheidung verwiesen zu werden [21]. Lehmann gibt selbst zu, daß die Vorschriften über Willenserklärungen für die hier interessierenden Fälle nicht passen [22]. Er glaubt aber, daß der Begriff "Willensbetätigung", der der Willenserklärung gleichzustellen sei, die Schwierigkeiten lösen könne [23]. Dies ist ein Spiel mit Begriffen, das für die Rechtssicherheit noch gefährlicher ist, als die Einführung neuer Grundsätze, wenn sich die bisherige Dogmatik als unzureichend erwiesen hat.

Die Lehre von den faktischen Verträgen ist auch kein Auswuchs einer ungebundenen Interessenjurisprudenz, wie Lehmann meint [24]. Ungebunden bedeutet, daß irgendwelche dogmatische Grundlagen für die Fallentscheidung fehlen. Daß dies nicht der Fall ist, wird noch zu zeigen sein.

2. Zur Lehre vom rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß.

Eine Willenserklärung ist eine auf Erzielung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung [25]. Das heißt, daß die Willenserklärung auf Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist.

Es ist richtig, daß eine Willenserklärung auch durch konkludentes Verhalten abgegeben werden kann.[26] Auch das Halten der Straßenbahn und das Einsteigen des Fahrgastes können derartige Willenserklärungen sein, denn man ist sich in der Regel darüber im klaren, daß man als Folge des Einsteigens den Fahrpreis bezahlen muß.

---

21) Vgl. oben § 2 I.

22) Vgl. oben I.

23) Lehmann NJW 58, S. 4.

24) Lehmann a.a.O. S. 2.

25) Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 137 IV 1; nach der Definition von Staudinger, 11. Aufl. Vorbem. 1 vor § 116 ist die Willenserklärung eine Kundgabe eines bestimmten Geschäftswillens durch die im Verkehr üblichen Verständigungsmittel.

26) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. S. 901.

Die entscheidende Frage der Lehre vom faktischen Vertrag ist aber, welche Bedeutung die ausdrückliche Erklärung hat, man wolle nicht bezahlen, bzw. man lehne den Vertragsschluß ab. Wer den Parkplatzfall mit der protestatio facto contraria löst, erkennt an, daß nicht der Wille und dessen Erklärung erheblich sein können, sondern nur das tatsächliche Verhalten, denn im Konfliktsfall geht letzteres vor. Die Annahme einer protestatio facto contraria ist nur dann möglich, wenn das tatsächliche Verhalten schlechthin den Schluß abnötigt, daß auch die rechtsgeschäftliche Wirkung gewollt sein muß. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Kunde eine Schachtel Zigaretten verlangt, dem Verkäufer den Kaufpreis gibt und dabei erklärt, keinen Kaufvertrag abschließen zu wollen. Hier liegt eine Unvereinbarkeit vor. Der Käufer kann das Erklärte gar nicht wollen, er irrt sich nur über den Begriff des Kaufvertrages. Der Parkplatzfall wäre nur dann mit der protestatio facto contraria zu lösen gewesen, wenn der Benutzer das Entgelt entrichtet und dabei erklärt hätte, er wolle keinen Bewachungsvertrag abschließen. So ist es aber nicht gewesen. Man kann durchaus sein Fahrzeug parken und dabei die bezahlte Bewachung ablehnen, ohne daß dabei ein widersprüchliches Verhalten vorliegt. Die Tatsache, daß ein jeder weiß, daß man für das Parken bezahlen muß, deutet zwar in der Regel auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen des Benutzers hin, wenn dessen Fehlen aber ausdrücklich erklärt wird, kann das "objektive Wissen", daß man dafür bezahlen müsse, nicht zur Begründung eines Rechtsfolgewillens im konkreten Fall herangezogen werden. Tut man dies trotzdem und hält die abweichende Erklärung für eine protestatio facto contraria, dann wird damit das Kernstück der Lehre vom faktischen Vertrag bestätigt, nämlich daß das tatsächliche Verhalten das konstituierende Element des Vertragsschlusses sei [27]. Nur liegt der Lösung mit der protestatio facto contraria die Fiktion einer Willenserklärung zugrunde. Gerade diese Konstruktion veranschaulicht sehr deutlich, wie berechtigt und notwendig die Theorie von den faktischen Verträgen ist.

---

27) Man kann geradezu faktische Verträge als Verträge definieren, bei denen die ernsthafte Äußerung, man wolle den rechtlichen Erfolg nicht, eine "protestatio facto contraria" ist.

Wenn es in dem Falle, daß der entgegengesetzte Wille erklärt wird, nicht auf den Willen ankommt, kann dieser auch im Normalfall nicht von Bedeutung sein. Wenn auch das Einsteigen in eine Straßenbahn als Willenserklärung durch konkludentes Verhalten gedeutet werden kann, so ist diese doch nicht für den Vertragsschluß konstituierend. Der Vertrag kommt in jedem Falle durch sozialtypisches Verhalten zustande.

3. Zur Lösung durch Bereicherungsrecht.

Die Kritik Blomeyers am BGH-Urteil ist insoweit gerechtfertigt, als der BGH ausdrücklich Bereicherungsrecht für praktisch unanwendbar erklärt hatte. Der Gebührenanspruch wäre auch aus § 812 BGB gerechtfertigt gewesen. Allerdings ist mit dieser Feststellung die Problematik des Falles nicht erschöpft. Ein Bereicherungsanspruch kann auch neben einem vertraglichen bestehen. Es ist wenig damit gedient, daß man, um eine Auseinandersetzung mit der faktischen Vertragslehre zu vermeiden, auf den Bereicherungsanspruch zurückgreift. Ob ein solcher besteht oder nicht, kann weder zur Begründung noch zur Ablehnung dieser Lehre verwendet werden. Müllereisert [28] weist mit Recht darauf hin, daß, sobald vertragliche Leistungen bewirkt worden sind, die Anwendung von Bereicherungsrecht nicht zu einer Entwirrung, sondern zu einer Wertminderung führe.

4. Zur Lösung durch Geschäftsführung ohne Auftrag.

Es mag sein, daß sich durch diese Lehre im Einzelfall ein billiges Ergebnis erzielen läßt, doch kann mit der Geschäftsführung ohne Auftrag, ebenso wie mit Bereicherungsrecht letzten Endes keine befriedigende dogmatische Lösung erreicht werden. Man könnte leicht versucht sein, zu sagen, ob ein Vertragsschluß vorliege oder nicht, könne dahingestellt bleiben, da bei einem nichtigen Vertragsschluß Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege. Das Problem für diese Arbeit ist nicht, was geschieht, wenn ein Strassenbahnbeförderungsvertrag nichtig ist, sondern wie ein solcher zustandekommt.

---

28) Müllereisert, Vertragslehre S. 215.

5. Zur Lösung durch öffentliches Recht.

Daß dieser Lösungsversuch Lönings gänzlich verfehlt war, steht heute außer Zweifel [29]. Der Abschluß von Massenverträgen ist ein echtes zivilrechtliches Problem.

6. Zusammenfassung.

Besonders aus den Ausführungen zu VI 2 hat sich ergeben, daß die Lehre von den faktischen Verträgen begründet ist. Ihr Anwendungsbereich ist indessen noch nicht endgültig abgegrenzt. BGH-Entscheidungen liegen bisher nur über die Benutzung eines Parkplatzes und über die Stromentnahme vor. Das Musterbeispiel der Wissenschaft ist die Straßenbahnfahrt. Weitere Fälle sind im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht aktuell. Das schließt nicht aus, daß weitere Verhaltensweisen die sozialtypische Bedeutung einer Vertragsannahme erlangen können.

Mit der Feststellung, daß die Lehre von den faktischen Verträgen im Grunde berechtigt ist, ist die Türe zur Untersuchung der Problematik der Geschäftsfähigkeit geöffnet. Weitere Einzelfragen, wie die der Rechtsnatur des Angebots und der Annahme, sowie die Eingliederung in das System des BGB werden im Laufe der nun folgenden Untersuchung zu lösen sein.

Einzugehen ist zunächst auf das Wesen des sozialtypischen Verhaltens. Hierzu wiederum ist Voraussetzung, daß die Willenserklärung und der Grund ihrer bindenden Kraft untersucht wird.

---

29) Ablehnend auch W. Spieß, Faktische Verträge oder öffentliches Recht oder Tarif ZAKDR 1942, 340 ff.

3. K a p i t e l

Die konstituierende Kraft der Willenserklärung und des sozialtypischen Verhaltens.

§ 9.

Der Grund der Bindung des Vertrages.

I. Zur Vertragsbindung im allgemeinen.

Ebenso wie eine Rechtslehre ohne Verträge denkbar ist, ist es auch möglich, daß Verträge nicht klagbar sind, daß sie also keine bindende Kraft haben [1]. Viele Verträge bedürfen ihrer Natur nach zu ihrer Wirksamkeit gar keines Zwanges, da sie auf der Stelle vollzogen werden, z.B. ein Barkauf oder Tausch. Andere Verträge erfordern ihrem Wesen nach die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung, z.B. das Darlehen, Werk- und Dienstverträge, die Miete etc. Es handelt sich dabei um Vorgänge, bei denen die sofortige tatsächliche Erfüllung durch ein Versprechen ersetzt wird. Damit aber das Wort die Leistung vertreten kann, muß die Gewißheit gegeben sein, daß jenes gehalten werde [2].

Die praktische Unentbehrlichkeit der Vertragsbindung läßt diese als wesensnotwendig erscheinen. Trotzdem ist die Frage nach dem Grund der Vertragsbindung, dem Geltungsgrund des Satzes "pacta sunt servanda" nicht leicht zu beantworten. Sie ist aber von Bedeutung für die Erfassung des Begriffes der Willenserklärung und letzten Endes auch des sozialtypischen Verhaltens.

II. Die Vertragsbindung im Naturzustand.

G. Husserl, der die Vertragsbindung außerhalb einer organisierten Gemeinschaft untersucht, geht von folgendem Beispiel aus [3]:

---

1) Im römischen Recht erzeugte das reine Versprechen keine klagbare Verbindlichkeit; D II 14, 7 § 4 .. Igitur nuda pactio obligationem non parit .. D II 14, 7 § 5 .. ne ex pactio actio nascatur ..; vgl. auch Riezler, Erwin, Das Rechtsgefühl, Dresden, Berlin und Leipzig 1921 S. 59 ff.

2) Ihering, Rudolf v., Der Zweck im Recht I 265, 3. Aufl. Leipzig 1893.

3) Husserl, Gerhart, Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925 S. 139.

zwei Menschen, die sich nicht kennen, begegnen sich in der Wüste. Der eine (A) hat Durst, hat jedoch Fleisch bei sich, der andere (B) leidet an Hunger, ist aber im Besitz von Wassermelonen. Beide beschließen zu tauschen und vollziehen den Tausch auch. Nachdem beide ihre Bedürfnisse befriedigt haben, nimmt A dem B, der inzwischen eingeschlafen ist, den Rest weg. G. Husserl hält diese Verhaltensweise für unbedingt rechtswidrig, weil A die Norm des mit B geschlossenen Vertrages mißachtet habe [4]. Er führt dazu aus, der Vertragsschluß habe die Individuen A und B zu einer individuellen Vertragsrechtsgemeinschaft mit bindender Kraft zusammengefügt. Über ihnen stehe als Rechtsordnung die Individualnorm des Tauschvertrages.

Indes ist dieser Beispielsfall nicht geeignet, das Problem der Vertragsbindung von der richtigen Seite zu beleuchten. Ist ein Vertrag durch den Leistungsaustausch bereits erfüllt, dann ist ein nachträglicher Eingriff keine Frage der Bindung mehr. Das Verhalten des A im Beispiel Husserls ist ein Diebstahl. Anders wäre es, wenn A und B sich gegenseitig versprochen hätten, Fleisch und Melonen auszutauschen, der eine das Versprechen erfüllt hatte und der andere sich nach Empfang der Leistung geweigert hätte, seinerseits zu erfüllen. Hier ist die Frage: muß das V e r s p r e c h e n gehalten werden? Dies ist ebenso wie oben zu bejahen: über den Partnern steht die Individualnorm als Rechtsordnung.

Für diese Untersuchung ist es aber von Bedeutung, das m a t e r i e l l e Prinzip, das hinter dieser Lösung steckt, zu erkennen. Dies kann nichts anderes sein, als der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Das ethische Gebot, das Vertrauen in ein Versprechen nicht zu enttäuschen, ist der wahre Grund der Vertragsbindung [5]. Nur dieser Grundsatz bietet eine Erklärung dafür, daß es möglich erscheint, daß A sein Versprechen, B Fleisch abzugeben, widerruft, solange B nicht im Vertrauen darauf gehandelt hat. Damit soll nicht gesagt sein, daß dieses Verhalten

---

4) So auch v. Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936, S. 93.

5) So auch Stahl, Friedrich Julius, Die Philosophie des Rechts Bd. 2 5. Aufl. Tübingen 1878, S. 416.

rechtmäßig wäre, es wäre aber immerhin denkbar. Was diesen Fall von obigem unterscheidet, ist lediglich, daß A im Vertrauen auf das Versprechen gehandelt hat. Die Meinung Nelsons [6], die Verbindlichkeit der Verträge sei eine Folge des Gesetzes der Wahrhaftigkeit der Gedankenmitteilung, kann nicht zutreffen, weil dem Partner die Wahrheit des Mitgeteilten an sich gleichgültig sein kann, solange er nicht in irgendeiner Weise darauf vertraut. Das Verbot der Lüge ist rein ethischer Natur.

III. Der Grund der Vertragsbindung in der organisierten Gesellschaft.

v. Hippel hält die Frage nach dem Grund der Vertragsbindung in der organisierten Gesellschaft für eine Fehlfrage [7]. Es könne sich bei diesem Problem nur um zweierlei handeln: entweder bei jedem einzelnen Vertragstypus die Gründe für die Anerkennung durch die Gesellschaft aufzuzeigen, oder um den Versuch, die Möglichkeit von Rechtsgeschäften im allgemeinen rechtstheoretisch darzutun. v. Hippel meint, in letzterem Fall käme man über die Feststellung nicht hinaus, daß aus gewissen Gründen es immer notwendig sein werde, der selbstverantwortlichen Entscheidung des einzelnen Rechtsgenossen die ihm gemäßen Aufgaben anzuvertrauen [8]. An dieser Lehrmeinung ist richtig, daß sich der Grund der Vertragsbindung in der organisierten Gesellschaft in erster Linie aus der gesetzten Rechtsordnung ergibt, daß sich also weitere Fragen erübrigen. Hätte sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, eine vertraglose Rechtsordnung zu gestalten, gäbe es eben keine Vertragsbindung. Die Frage, warum der Gesetzgeber den Vertrag als Gestaltungsmittel gewählt hat, beantwortet v. Hippel mit dem Gebot der Gerechtigkeit [9], das seinerseits eine weitgehende Selbstbestimmung der Individuen, mithin Rechtsgeschäfte voraussetz-

---

6) Nelson, Leonhard, Dystem der philosophischen Rechtslehre, Leipzig 1920, S. 90.

7) v. Hippel, Die rechtsgeschäftliche Privatautonomie, S. 85; ebenso Reinach, Adolf, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Halle a.S. 1922, S. 688.

8) v. Hippel a.a.O. S. 85.

9) v. Hippel a.a.O. S. 75.

te [10]. Dagegen halten Nelson [11] und Ihering [12] die Vernunft für den Grund der Vertragsbindung. Doch kann der materielle Grund der Bindung nicht schlechthin darin bestehen, daß dies so gerecht oder nützlich sei. Dies kann man dadurch klarstellen, daß man fragt, warum es unzweckmäßig wäre, wenn der Gesetzgeber eine Vertragsbindung nicht anerkennen würde. Die Antwort kann nur lauten: kein Mensch könnte mehr damit rechnen, daß das Darlehen zurückgezahlt werden würde, niemand könnte darauf vertrauen, daß der Mietzins oder der Arbeitslohn bezahlt werden würde. Daraus folgt aber, daß gerade das Vertrauen auf ein Versprechen gesichert werden soll, zugegebenermaßen im Interesse des Verkehrs.

Es ist also auch in der organisierten Gesellschaft der Grundsatz des Vertrauensschutzes der materielle Bindungsgrund des Vertrages.

---

10) v. Hippel a.a.O. S. 79.

11) Nelson a.a.O. S. 89.

12) Ihering, Der Zweck im Recht Bd. I S. 267.

§ 10.

Der Bindungsgrund der Willenserklärung.

I. Der Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie.

Wenn im folgenden untersucht wird, was der Bindungsgrund einer Willenserklärung ist, so wird bereits durch das Ergebnis zu § 9 die Richtung gewiesen, denn in einem Vertrag - wenigstens wenn dieser Begriff im konventionellen Sinne gebraucht wird - sind stets zwei korrespondierende Willenserklärungen vorhanden.

In der Tat wird auch von einem großen Teil der Wissenschaft die Meinung vertreten, daß erzeugtes Vertrauen der eigentliche Grund der konstitutiven Kraft einer Willenserklärung sei. Diese Lehre heißt Erklärungstheorie bzw. Vertrauenstheorie. [1] Nach der Erklärungstheorie ist nicht der innere Wille des Erklärenden für

---

1) Vertr. von Hartmann, Gustav, Werk und Wille beim sogenannten stillschweigenden Konsens, AcP 72, 161 ff; ders. Wort und Wille im Rechtsverkehr IherJ 20, 1 ff; Eberhard, R., Wille und Willenserklärung, DJZ 1909, 1069 ff; Dernburg, Heinrich, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, Halle a.S. 1902, S. 329: Dernburg weist allerdings darauf hin, daß die Erklärungstheorie nur für Verkehrsgeschäfte gelte. Für letztwillige Verfügungen gelte die Willenstheorie. In diesem Zusammenhang interessieren aber nur die Verkehrsgeschäfte; Bülow, Oskar, Das Geständnisrecht, Freiburg 1899, S. 105; Hölder, Eduard, Das Wesen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, IherJ 55, 413 ff; ders. Willenstheorie und Erklärungstheorie IherJ 58, 101 ff; Riezler, Erwin, Venire contra factum proprium, S. 117: Riezler begründet die Erklärungstheorie mit der durch das Verkehrsinteresse geforderten Unzulässigkeit einer protestatio facto contraria. Jedermann müsse sich gefallen lassen, daß seinem Verhalten die Auslegung gegeben wird, die ihm der Verkehr mit Gutgläubigen allgemein zuschreibt. Er dürfe sich mit seinem eigenen Verhalten nicht in Widerspruch setzen; Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge 2. Aufl. Breslau 1907; Eisele, Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten, IherJ 25, 414; Bähr, Otto, Über Irrungen im Contrahieren, IherJ 14, 401 ff; über die große Bedeutung der Erklärungstheorie im angloamerikanischen Recht vgl. Riezler, Venire contra factum proprium.

die Rechtsfolge konstitutiv, sondern lediglich die Erklärung, wie sie vom Empfänger verstanden werden konnte.

Die Erklärungstheorie steht im Gegensatz zur Willenstheorie [2]. Letztere besagt, daß der Wille das einzig wirksame und entscheidende an einer Willenserklärung sei. Nur weil er ein inneres unsichtbares Ereignis sei, bedürfe er eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne. Dieses Zeichen sei die Erklärung [3].

Daneben gibt es noch Mittelmeinungen [4]. Im BGB wird weder die eine noch die andere Theorie konsequent vertreten [5]. Es läßt sich demnach auch keine Theorie durch BGB-Vorschriften be- oder widerlegen, denn jede Bestimmung kann, gemessen an einer Lehrmeinung, konstitutiv oder deklaratorisch sein.

Die Mehrzahl aller Schriftsteller scheint aber eine modifizierte Willenstheorie zu vertreten. Zwar solle der innere Wille Grund der Rechtsfolge sein, aber nur dann, wenn er in der Erklärung richtig zum Ausdruck gekommen ist. Soweit jedoch die Erklärung vom inneren Willen abweicht, soll das Erklärte Geltung haben, also der Vertrauenstatbestand Grund der Rechtsfolge sein [6].

Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt der Erklärungstheorie. Grundlegend ist die Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 95, 122 (124), wo ausgeführt wird, daß es im heutigen Recht anerkannt sei, daß jedermann seine Handlungen gegen sich gelten zu lassen habe, nicht nur so, wie er sie nach seinem inneren, nicht

---

2) Vertr. besonders von Savigny, Carl Friedrich von, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, S. 258.

3) Savigny a.a.O.

4) Vgl. die Geltungstheorie von Enneccerus-Nipperdey (Lehrbuch § 164 II 2): entscheidend sei der sich in der Willenserklärung verwirklichende Wille. Manigk, Alfred, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907, S. 155, ist der Meinung, der abweichende innere Wille wirke im Tatbestand der Willenserklärung höchstens aufhebend, niemals erzeugend. Nur dieser Teil der Willenstheorie sei als begründet und allein brauchbar in das Gesetz übergegangen.

5) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 164 II, Planck, Komm. z. BGB, Berlin 1913 Bd. I S. 268, vgl. auch Prot. I S. 94. Man nimmt weitgehend an, das BGB enthalte einen Kompromiß.

6) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 164 Anm. 20; § 145 Anm. 14.

geäußerten Willen gemeint habe, sondern so, wie sie von der Verkehrssitte aufgefaßt werden [7].

II. Stellungnahme.

Daß der Grundsatz des Vertrauensschutzes mehr ist, als nur ein sekundäres Prinzip [8], folgt aus der Vielfalt der Tatbestände, wo die Rechtsprechung eine vertragliche Wirkung ohne einen entsprechenden inneren Willen des Verpflichteten anerkennt. Der Grund für die Verpflichtung des Handelnden ist in allen diesen Fällen der Schutz des Vertrauens Dritter. In Betracht kommt hier die Rechtsprechung über die faktische Gesellschaft, das faktische Arbeitsverhältnis, das faktische Mietverhältnis, die culpa in contrahendo [9], die Gefälligkeitsfahrt [10], vor allem aber auch das Anwendungsgebiet der Rechtscheinstheorie [11].

Die Meinung, im Regelfall gelte der Wille, bei einem Abweichen der Erklärung vom Willen aber die Erklärung, ist inkonsequent und fiktiv. Entscheidend ist dann eben doch die Erklärung bzw. der Vertrauenstatbestand, der durch sie erzeugt wird. Nur dieser kann der konstituierende Faktor der Willenserklärung sein. Damit ist aber der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein allumfassendes Prinzip unserer Rechtsordnung. Er kann nicht als Gegensatz zum Grundsatz der Privatautonomie verstanden werden, die es in ihrer reinsten Form gar nicht gibt. Sie würde Anforderungen an die Genauigkeit und Vollständigkeit der Parteierklärung stellen, denen das wirkliche Handeln im Geschäftsverkehr nur selten genügt [12]. Privatautonomie kann nur bedeuten, daß es dem Rechtssubjekt in die Hand gegeben ist, seine Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten selbst zu regeln, wobei allerdings die Rechtsfolge nicht vom inneren Willen abhängt, sondern von einem gewollten freiwilligen Verhalten, das auch für den Handelnden erkennbar, den Schluß auf einen bestimmten Geschäftswillen zuläßt.

Es ist also festzustellen, daß erzeugtes Vertrauen das bindende Element einer Willenserklärung ist.

---

7) Ebenso RGSeuffA 78 Nr. 26; BGHZ 11, 1 ff; auch die amerikanische Rechtsprechung legt die Erklärungstheorie zugrunde, vgl. 100 US 578; "The vital principle is, that he who, by his language or conduct, leads another to do what he would not otherwise have done, shall not subject such person to loss or injury by dissappointing the expectations upon which he acted".

§ 11.

Das sozialtypische Verhalten.

I. Der Bindungsgrund des sozialtypischen Verhaltens.

Nach der oben[1] zitierten Entscheidung RGZ 95, 122 muß jedermann seine Handlungen so gegen sich gelten lassen, wie sie von der Verkehrssitte aufgefaßt werden.

Nach ihrem Wortlaut und Sinn ist diese Feststellung auch für sozialtypisches Verhalten anzuwenden. Es ist dort nicht von Willenserklärungen die Rede, sondern allgemein von Handlungen [2].

Damit besteht an sich keine Veranlassung, beim sozialtypischen Verhalten einen anderen Bindungsgrund anzunehmen als bei der Willenserklärung. In der Tat kann im Regelfall jedes sozialtypische Verhalten auch als eine konkludente Willenserklärung betrachtet werden, denn wenn nichts Gegenteiliges erklärt wird, läßt es ohne weiteres den Schluß auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zu [3].

Kritisch ist aber der Fall der protestatio [4]. Zu untersuchen ist, ob auch dann noch der Grundsatz des Vertrauensschutzes Bindungsgrund des Vertrages sein kann, wenn ausdrücklich erklärt wird, man wolle weder einen Vertrag abschließen noch bezah-

---

8) So Staudinger-Coing, 11. Aufl. Einl. vor § 104 Anm. 2 d.

9) Vgl. bes. Ballerstedt, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501 ff.

10) Vgl. Staudinger-Coing Anm. 3 c vor § 116.

11) Auch Leser a.a.O. S. 48 Anm. 130 weist auf die Verwandtschaft zwischen der culpa in contrahendo und der Rechtscheintheorie hin und hält den Grundsatz des Vertrauensschutzes für ein allgemein gültiges Prinzip.

12) Vgl. Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm. 2 c.

1) Vgl. § 10 I.

2) Vgl. auch die oben § 10 Anm. 7 zitierte amerikanische Entscheidung, die den Grundsatz des Vertrauensschutzes für das Recht der USA statuiert. "Sozialtypisches Verhalten" würde unter "language or conduct" fallen.

3) Insoweit ist der oben unter § 8 II dargestellten rechtsgeschäftlichen Theorie ohne weiteres zuzustimmen. Das sozialtypische Verhalten hat in der Regel einen Erklärungswert.

4) Vgl. oben § 8 II, VI 2.

len [5)6)]. Fest steht, daß in diesem Fall weder ein (beim Partner) vermuteter, noch ein tatsächlicher Rechtsfolgewille vorhanden ist [7)]. Dieser wird durch die protestatio ausgeschlossen. Nun ist aber bei der Willenserklärung gerade der direkt oder konkludent geäußerte Rechtsfolgewille (das Versprechen) die Ursache des Entstehens des Vertrauens. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine Verschiedenheit zum sozialtypischen Verhalten.

Es ist auch nicht möglich, ein Vertrauen auf das Bezahlenmüssen als Bindungsgrund anzunehmen. Die Pflicht zum Bezahlen ist die Folge der Bindung. Die Kenntnis dieser Tatsache kann daher nicht Ursache der Bindung sein.

Gleichwohl ist auch bei einer protestatio der Grundsatz des Vertrauensschutzes Bindungsgrund des sozialtypischen Verhaltens. Bei den Verträgen der hier erörterten Art ist es geradezu begriffs-

---

5) Das gleichwohl eine Bindung eintritt, wurde oben § 8 VI 2 ausgeführt.

6) Zu unterscheiden sind folgende Fälle (erörtert am Parkplatzfall und der Straßenbahnfahrt):
a) Benutzer parkt stillschweigend (Fahrgast steigt ein) und erklärt h e r n a c h nicht bezahlen zu wollen. Dieser Fall ist unproblematisch. Der Vertrag ist bereits durch die Inanspruchnahme zustande gekommen (vgl. hierzu auch § 16 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Verkehrsaktiengesellschaft Nürnberg: Die allgemeinen Beförderungsbedingungen werden mit dem Besteigen eines Wagens der VAG Bestandteil des Beförderungsvertrages). Er kann hier sogar mittels konkludenter Willenserklärung konstruiert werden. Die Weigerung zu bezahlen erst nach Zustandekommen des Vertrages ist lediglich ein Vertragsbruch.
b) Benutzer erklärt bei Beginn des Parkens (beim Einsteigen) nicht bezahlen zu wollen. In diesem Fall kann der Parkwächter (Schaffner) den Benutzer (Fahrgast) zurückweisen. Fügt sich dieser, dann kommt kein Vertrag zustande. Fordert der Parkwächter (Schaffner) zum Verlassen auf und fügt sich der Partner nicht, dann kommt ebenfalls kein Vertrag zustande, denn keine Partei will eine vertragliche Bindung (vgl. unten § 16). Jedoch wird das Entgelt aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung geschuldet, vgl. hierzu oben § 8 III. Ist der Wärter (Schaffner) mit der Erklärung des Benutzers ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden, dann kommt ein unentgeltlicher Bewachungs- bzw. Beförderungsvertrag zustande. Problematisch ist nur der Fall, daß der Wärter (Schaffner) trotz Weigerung des Partners weiterhin auf Bezahlung besteht.

7) Vgl. oben § 8 VI 2.

notwendig, daß mittels mehr oder weniger großer Aufwendungen [8] im Massenverkehr Leistungen angeboten werden, die von jedermann sofort und ohne besondere Zulassung angenommen werden. Die Unternehmer solcher Betriebe können sich ohne Risiko zu solchen "Vorleistungen" entschließen, weil nach der Verkehrsauffassung die Entrichtung eines Entgeltes für derartige Leistungen als selbstverständlich gilt [9].

Wenn ein Unternehmer seine Leistungen in der eben geschilderten Weise anbietet, vertraut er jedenfalls darauf, daß jedermann, der sie annimmt, das tarifliche Entgelt dafür entrichten wird. Hier besteht also bereits vor Vertragsabschluß ein dem zukünftigen Partner entgegengebrachtes Vertrauen, das durch die tatsächliche Annahme auf den konkreten Fall konzentriert wird [10]. Es ist dabei nicht nötig, daß der Annehmende noch konkludent oder expressis verbis verspricht, bezahlen zu wollen und auf diese Weise Vertrauen erzeugt. Dieses wurde ihm bereits entgegengebracht. Sein erst noch zukünftiges Verhalten hat bereits den typischen Erklärungswert der Vertragsannahme.

Daß diese Konstruktion nur bei Vertragsverhältnissen des Massenverkehrs möglich ist, liegt auf der Hand. Nur hier steht es fest, daß ein und dieselbe Handlung sich vielfach wiederholen wird und immer von einem entsprechenden Rechtsfolgewillen begleitet wird. Und nur hier ist es möglich, daß im Vertrauen hierauf zum Zwecke einer im allseitigen Interesse (auch dem des Verkehrs im allgemeinen) liegenden Vereinfachung der Massenabfertigung, dem Benutzer eine sofortige Annahme der Leistung gestattet wird. Dieser "antizipierte Rechtsfolgewille" ist keine dogmatische Fiktion, sondern wird vom Versorgungsunternehmer tatsächlich vorausgesetzt.

Wer nun bei der Annahme erklärt, keinen Vertrag abschließen zu wollen, bzw. kein Entgelt leisten zu wollen, kann naturgemäß mit

---

8) Bereitstellen eines Parkgrundstückes, Einrichtung des Strassenbahn- und Energieversorgungsnetzes.

9) Vgl. Larenz DRiZ 58, 247; dort führt Larenz aus, daß sich im Verkehr für bestimmte Verhaltensweisen eine allgemeine Rechtsüberzeugung gebildet habe.

10) Beim Individualvertrag ist dies anders. Der Erwartung, daß ein erst zukünftiger Vertragspartner vertragsgemäß erfüllen werde, folgt aus dessen Versprechen.

dieser Erklärung das Vertrauen für die Zukunft ausräumen. Das dem Benutzer bereits entgegengebrachte Vertrauen kann aber nicht rückwirkend zerstört werden. Dies ist die Ursache dafür, daß in diesen Fällen eine protestatio eine rechtsunerhebliche protestatio facto contraria ist.

Wenn gleichzeitig die im Vertrauen auf das Entgelt angebotene Leistung angenommen wird, verdient dieses Vertrauen Schutz.

Der Grund der konstitutiven Wirkung des sozialtypischen Verhaltens liegt daher ebenso wie bei der Willenserklärung im Grundsatz des Vertrauensschutzes.

II. Der Unterschied zwischen Willenserklärung und sozialtypischem Verhalten.

Sowohl Willenserklärungen als auch sozialtypisches Verhalten erzeugen Rechtsfolgen, weil das Vertrauen des Partners geschützt werden soll. Darin liegt ihre Gemeinsamkeit. Dementsprechend schlägt Ballerstedt [11] vor, den Begriff des Rechtsgeschäfts auf Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens zu erweitern.

Bei der Willenserklärung ist der beim Empfänger vermutete Rechtsfolgewille ein wesentlicher Bestandteil. Ohne diesen ist ein Vertrauen auf das Erklärte gar nicht möglich. Wer genau weiß, daß der Versprechende es nicht ernst meint, kann dessen Erklärung nicht vertrauen. Folglich ist auch kein Vertrauensschutz erforderlich.

Beim sozialtypischen Verhalten ist dies anders. Wegen des sozialtypischen Tatbestandes besteht ein Vertrauen auch ohne den e r k l ä r t e n Rechtsfolgewillen.

Wodurch nun das Vertrauen entsteht, ist aber an sich gleichgültig. Daß gerade der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte rechtliche Bindungswille als unbedingt notwendig angesehen wurde, erklärt sich dadurch, daß anders die Erzeugung von Vertrauen gar nicht möglich erschien. Erst als sich mit dem modernen Massenverkehr bestimmte typische Tatbestände entwickelten, ist dies anders geworden [12].

11) AcP 151, 506 f.
12) Vgl. Simitis a.a.O. S. 537.

Es ergibt sich aus diesen Überlegungen, daß Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten keine Gegensätze sind, sondern zwei gleichwertige Erscheinungsformen eines einheitlichen Oberbegriffes [13) 14)]. Wie dieser zu benennen ist, ist für diese Arbeit ohne Bedeutung. Eine klare Begriffsbildung ist auf diesem Gebiet ohnehin nicht vorhanden und zu erreichen. Die Willenserklärung bleibt aber der Hauptanknüpfungspunkt vertraglicher Folgen [15)].

Es ist an sich eine unerfreuliche Tatsache, daß es neben der Willenserklärung, von der allein das BGB spricht, noch eine mit ihr gleichwertige juristische Handlung gibt. Doch ist es nicht zu leugnen, daß der Begriff der Willenserklärung nicht ausreicht, um alle Erscheinungen, die zu einem Vertragsschluß führen können, zu erfassen. So gibt es Willenserklärungen im engeren und im weiteren Sinn, Willensbetätigungen, Willensgeschäfte, stillschweigende und konkludente Willenserklärungen [16)].

Wichtig ist es aber für die vorliegende Arbeit, herauszustellen, daß zwischen Willenserklärungen und sozialtypischem Verhalten die sehr bedeutsame Gemeinsamkeit besteht, daß beider konstituierende Kraft im Vertrauensschutz begründet ist und nur die Art und Weise, wie das Vertrauen entsteht, verschieden ist.

III. Die Rechtsnatur des sozialtypischen Verhaltens.

Es gibt drei Hauptgruppen der juristischen Handlungen [16a)]: Willenserklärungen, Rechtshandlungen, d.h. erlaubte menschliche Handlungen, deren Rechtswirkung nicht durch den Inhalt des Willens des Erklärenden bestimmt wird, und rechtswidrige Handlungen.

---

13) In den meisten Fällen bestehen Willenserklärungen und sozialtypisches Verhalten nebeneinander, nämlich immer dann, wenn die Person, die einen sozialtypischen Tatbestand vollzieht, n i c h t erklärt, daß sie keinen Vertrag abschließen wolle. Dann ist nämlich das Verhalten gleichzeitig eine konkludente Willenserklärung, denn es läßt den Schluß auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zu. Das eigentlich konstituierende ist aber auch hier das sozialtypische Verhalten (vgl.oben § 8 II).

14) Vgl. ebenso im Ergebnis Simitis a.a.O. S. 547, 541; vgl. oben § 7 III.

15) Vgl. Leser a.a.O. S. 47.

16) Dagegen nimmt Jsay, Hermann, (Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB, IherJ 44, 43 ff) an, innerhalb der Willenserklärungen kenne das BGB wesentliche Unterschiede, welche die rechtliche Behandlung bestimmten, nicht.

16a) Es wird der Einteilung bei Enneccerus-Nipperdey § 137 IV gefolgt.

Das sozialtypische Verhalten fällt zwangsläufig in die zweite Gruppe, denn es ist weder Willenserklärung noch rechtswidrig.

Die Rechtshandlungen werden weiter unterteilt und zwar in:

1. Geschäftsähnliche Handlungen.
   Bei diesen tritt die Rechtswirkung nicht aufgrund des Willens (wie bei Rechtsgeschäften nach der herrschenden Meinung), sondern aufgrund des Gesetzes ein. Es fallen darunter geschäftsähnliche Willensäußerungen (z.B. die Mahnung, Fristsetzung, Anmeldung von Ansprüchen etc.), Androhungen, Weigerungen, Willensäußerungen, die ohne auf eine Rechtswirkung gerichtet zu sein, ein eigenes Tun und Unterlassen begleiten (z.B. Äußerung des Willens der tatsächlichen Niederlassung).

2. Realakte.
   Diese sind von Willensäußerungen irgendwelcher Art völlig unabhängig, sondern setzen nur voraus, daß ein tatsächlicher Erfolg bewirkt wird.

Daß das sozialtypische Verhalten keine geschäftsähnliche Handlung ist, ergibt sich daraus, daß bei diesen - im Gegensatz zum sozialtypischen Verhalten - immer ein bestimmter Wille vorhanden sein muß, an den dann allerdings - im Gegensatz zu den Willenserklärungen - das Gesetz anknüpft.

Demnach ist das sozialtypische Verhalten ein Realakt. Auf einen Willen kommt es dabei überhaupt nicht an, weder auf einen vorhandenen, noch auf einen vermuteten.

Rechtstheoretisch sind Realakte und Willenserklärungen Gegensätze. Trotzdem steht das sozialtypische Verhalten der Willenserklärung näher, als beispielsweise dem Schatzfund, der ja ebenfalls ein Realakt ist.

Die Ursache liegt darin, daß die Einteilung der juristischen Handlungen nach dem Vorliegen - oder Nichtvorliegen - eines Rechtsfolgewillens willkürlich ist. Wie oben gezeigt wurde, ist nicht der Rechtsfolgewille ein entscheidendes Kriterium, sondern der Grundsatz des Vertrauensschutzes [17].

---

17) Vgl. §§ 9, 10, 11 I und II.

IV. Die Eingliederung der faktischen Verträge in das BGB.

Das BGB bietet in § 151 eine Vorschrift, die eine zwanglose Einordnung des sozialtypischen Verhaltens ins System ermöglicht.

In der Literatur [18] wird darauf hingewiesen, daß auch hier eine A n n a h m e des Antrags erforderlich sei. Eine Annahme kann aber auch durch faktisches Verhalten erfolgen. Vom Erfordernis eines Antrags und dessen Annahme weicht die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen nicht ab.

Es wird weiter die Meinung vertreten, die Vertragsannahme nach § 151 BGB erfolge ebenfalls durch Willenserklärung, das Gesetz mache nur hinsichtlich der Empfangsbedürftigkeit eine Ausnahme [19]. Ob man eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung noch als Willenserklärung bezeichnen will, ist ein sprachliches Problem. Entscheidend ist aber die Frage des Annahmewillens. Daß ein solcher vorhanden sein muß, wird einmütig betont. Man gibt aber zu, daß der Antragsempfänger sein Verhalten, das nach Treu und Glauben als Ausdruck der Annahme verstanden werden müsse, in diesem Sinne gegen sich gelten lassen muß [20]. Es kommt also auch hier nicht auf den wirklich vorhandenen, sondern nur auf den vermuteten Annahmewillen an [21]. Richtig ist allerdings, daß bei e r k e n n b a r e m Fehlen des Annahmewillens ein Vertrag nach § 151 nicht zustandekommt, denn hier muß auch kein Vertrauen geschützt werden.

Anders ist das nur beim sozialtypischen Verhalten. Hier kann trotz fehlenden Annahmewillens ein Vertrauenstatbestand erzeugt werden, weil es eben nach der Verkehrsauffassung auf diesen gar nicht ankommt.

Es bestehen daher keine Bedenken, die Vertragsannahme durch sozialtypisches Verhalten unter § 151 BGB zu subsumieren. Diese Lösung ist materiell gerechtfertigt und der Gesetzeswortlaut steht nicht entgegen.

---

18) Staudinger-Coing a.a.O. § 151 Anm. 1.

19) Staudinger-Coing a.a.O. § 151 Anm. 5; RGR-Komm. § 151 Anm.1; Palandt-Danckelmann § 151 Anm. 1.

20) RGR Komm. § 151 Anm. 1.

21) Vgl. § 10 II.

4. K a p i t e l

Die Geschäftsfähigkeit bei faktischen Vertragsverhältnissen.

§ 12.

Folgerungen aus dem bisherigen Untersuchungsergebnis für die Geschäftsfähigkeit bei faktischen Verträgen.

I. Der Begriff der Geschäftsfähigkeit.

Die Geschäftsfähigkeit wird definiert als die Fähigkeit durch Rechtsgeschäfte Rechtswirkungen hervorzurufen [1]. Da ein Rechtsgeschäft immer mindestens eine Willenserklärung beinhalten muß, ist die Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Abgabe von wirksamen Willenserklärungen.

Dagegen umfaßt der weitere Begriff der Handlungsfähigkeit auch die Verantwortlichkeit für unerlaubte Schadenzufügungen [2].

Im BGB ist nur geregelt, wem die volle Geschäftsfähigkeit fehlt. Dabei wird die Geschäftsfähigkeit pauschal gewissen Personengruppen teilweise oder völlig aberkannt. Anknüpfungspunkte sind das Alter und der Geisteszustand.

Streng genommen müßte die Geschäftsfähigkeit nach diesen Kriterien bei jedem einzeln geprüft werden, denn Erziehung, körperliche und geistige Reife und sonstige Faktoren führen oft bei gleichem Alter und medizinisch gleicher Geistesstörung zu einer verschiedenen Einsichtsfähigkeit. Eine derart individuelle Behandlung ließe sich aber nur schwer durchführen. Man würde zwar dem einzelnen Menschen gegenüber gerechter, aber die Rechtssicherheit wäre zu sehr gefährdet. Die Rechtsordnung muß daher mit Durchschnittsmenschen arbeiten [3].

II. Die Problematik.

Die §§ 104 ff BGB, die die Voraussetzungen und die Folgen der

---

1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 150 I; Staudinger-Coing Vorbem. 1 vor § 104; RGR-Komm. § 104 Anm. 1.

2) RGR-Komm. a.a.O.

3) Steiner, Philipp, Der Einfluß der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit auf den Besitzerwerb, Diss. Erlangen 1949, S. 5.

Geschäftsfähigkeit regeln, knüpfen an Willenserklärungen an. So ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig (§ 105 BGB), die eines Minderjährigen bedarf, wenn sie ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Daß das sozialtypische Verhalten keine Willenserklärung ist, wurde oben aufgezeigt. Ob die §§ 104 ff trotzdem Anwendung finden können, ist im folgenden zu untersuchen.

Siebert [4] weist darauf hin, daß die Fälle der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit bei faktischen Verträgen in der Praxis kaum Schwierigkeiten bereiten, da sie entweder gleich allen anderen sozialtypischen Leistungsbeziehungen reibungslos abgewickelt werden und in den meisten Fällen die §§ 110, 112, 113 BGB gegeben seien. Dies mag zutreffen. Es ist jedoch die Aufgabe der Rechtswissenschaft, auch für extreme Ausnahmefälle eine Lösung zu entwickeln, also für die Fälle, wo die §§ 110, 112, 113 BGB nicht vorliegen.

III. Die grundsätzliche Unanwendbarkeit der §§ 104 ff BGB.

Der nächstliegende Schluß ist, daß Vorschriften, die Willenserklärungen voraussetzen, dann nicht zur Anwendung kommen, wenn keine Willenserklärungen vorliegen.

Die Meinung, daß die §§ 104 ff BGB nicht für faktische Verträge gelten, wird demnach auch in der Literatur vertreten.

Haupt [5] verneint die Anwendbarkeit der §§ 104 ff für die Strassenbahnfahrt. Zwar betont er, daß die Folgen der fehlenden Geschäftsfähigkeit davon abhängen, ob und in welchem Umfang bei dem fraglichen Lebensvorgang nach Lage der Dinge den persönlichen Eigenschaften der Beteiligten und insbesondere der ihnen von der Rechtsordnung beigelegten Fähigkeit zur verbindlichen Selbstgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen Bedeutung beigemessen werden kann, doch hält er dies bei der Straßenbahnfahrt für nicht gegeben. Es sei mit dem Gebot der glatten Abwicklung des Verkehrs unvereinbar, jeweils die Geschäftsfähigkeit eines jeden Einzelnen

---

4) Siebert a.a.O. S. 36.
5) Haupt a.a.O. S. 31.

festzustellen. Anders seien die faktische Gesellschaft, das faktische Arbeitsverhältnis und die individuelle Gefälligkeitsfahrt zu behandeln, die aber hier nicht interessieren, weil es sich nicht um faktische Verträge handelt [6].

Larenz [7] stellt darauf ab, ob natürliche Handlungsfähigkeit gegeben ist. Dem Handelnden müsse, falls er verpflichtet werden solle, die sozialtypische Bedeutung seines Tuns wenigstens erkennbar sein.

Nach Müllereiserts Lehre ist generell die Rechtsverbindlichkeit eines vollzogenen oder begonnenen Leistungsaustausches unabhängig von der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten [8]. Er stellt zwar nicht speziell auf faktische Vertragsverhältnisse ab, bei diesen liegt aber die Voraussetzung des (einseitig) vollzogenen Leistungsaustausches ebenfalls vor [9].

Dorn [10] hält bei faktischen Verträgen einen erhöhten Schutz der Minderjährigen im Sinne der §§ 107 ff BGB für nicht erforderlich. Nach seiner Meinung sollen diese Vorschriften nur dort Anwendung finden, wo der Partner sich frei auswählen lasse, was bei faktischen Verträgen nicht der Fall sei. Diesen liege die gleiche Interessenlage wie im Deliktsrecht zugrunde, wo die Haftung nach den §§ 828 ff BGB ebenfalls auf dem Gedanken beruhe, daß bei zufälligem Eingriff von Minderjährigen etc. in den Rechtskreis Dritter diese stärker geschützt werden.

IV. Das Gebot der analogen Anwendung.

Es wurde aber dargelegt, daß die Willenserklärung und das sozialtypische Verhalten zwei gleichwertige Erscheinungsformen eines einheitlichen Oberbegriffes sind, daß sie beide konstituierend wirken, weil sie Vertrauen erzeugen, das geschützt werden soll, wobei das Mittel, wodurch das Vertrauen erzeugt wird, gleichgültig ist.

---

6) Vgl. oben §§ 3, 4, 6 I.
7) Larenz a.a.O. DRiZ 1958, 245 ff.
8) Müllereisert a.a.O. S. 165.
9) Vgl.unten § 14 I.
10) Dorn a.a.O. S. 101.

Die Verfasser des BGB gingen davon aus, daß Verträge nur durch Willenserklärungen entstehen könnten. Deshalb haben sie die Willenserklärung zum Anknüpfungspunkt für die Geschäftsfähigkeit gewählt. Nach ihrer Meinung war auf diese Weise erreicht, daß sich ein nicht voll Geschäftsfähiger nicht vertraglich verpflichten konnte. Diese Absicht wird vereitelt, wenn auf anderem Weg als durch Willenserklärungen ein Vertrag abgeschlossen werden kann.

Diese Erwägungen lassen grundsätzlich eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff BGB für sozialtypisches Verhalten erforderlich erscheinen. Auch diese Meinung wird in der Literatur teilweise vertreten [11].

V. Die Notwendigkeit einer Einzelanalyse.

Mit dieser Feststellung ist jedoch allenfalls ausgesagt, daß faktische Verträge hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit nicht deshalb eine andere Behandlung erfahren müssen, als andere Verträge, weil die Vertragsannahme nicht durch Willenserklärung, sondern durch sozialtypisches Verhalten geschieht.

Die Gründe, die dazu geführt haben, daß man schließlich gewisse Verträge als faktische anerkannt hat, können jedoch auch bewirkt haben, daß die Folgen der fehlenden Geschäftsfähigkeit anders zu beurteilen sind als bei konventionellen Vertragsverhältnissen. Vor allem aber ist es das Interesse des Verkehrs an einer raschen und reibungslosen Abwicklung der in Frage kommenden Geschäfte, das eine abweichende Regelung erforderlich machen kann.

Es sind daher die §§ 104 ff nicht unbesehen auf faktische Verträge anzuwenden, sondern es ist die Anwendungsmöglichkeit einer jeden einzelnen Vorschrift zu untersuchen. Auszugehen ist vom Schutz des Gesetzes für nicht voll Geschäftsfähige. Dabei ist zu beachten, daß beim Schutz der Minderjährigen nicht weiter gegangen werden darf, als mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist [12].

---

11) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 153 IV hält die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nur dann für entsprechend anwendbar, wenn die angeordnete Rechtsfolge auf privatautonomer Grundlage beruht. Für faktische Verträge, die nach der Ansicht dieses Lehrbuchs nicht auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhen, wird aber eine Ausnahme gemacht, und zwar sollen hier gemäß der Wertung der Rechtsordnung die Schutzvorschriften für Geschäftsunfähige und beschränkt Ge-

§ 13.

Der Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen [1].

I. Der Interessenkonflikt.

Menschen, denen die nötigen Voraussetzungen zum vernünftigen Handeln im Rechtsverkehr fehlen, sei es wegen jugendlichen Alters, sei es wegen einer Störung der Geistestätigkeit, verdienen Schutz vor den Folgen ihrer eigenen Handlungen. Der Gesetzgeber hat ihn in den §§ 104 ff BGB gewährt. Andererseits ist die fehlende Geschäftsfähigkeit für den Geschäftsverkehr nicht immer erkennbar. Es kann ohne weiteres vorkommen, daß man mit einem nicht erkennbar Geisteskranken kontrahiert. Wenn dieser geschützt werden soll, müssen naturgemäß die gleichfalls schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit eine starke Einschränkung erfahren.

II. Die Lösung des Konflikts durch Gesetz und Rechtsprechung.

1. Der Minderjährigenschutz.

Ein Minderjähriger bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Ein-

---

schäftsfähige durchgreifen. Staudinger a.a.O. Vorbem. 3 f vor § 116 trennt zwischen Verpflichtung durch Willenserklärung (Rechtsgeschäft) und Vertrauenshaftung. Er wendet die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auch bei der Vertrauenshaftung an. Auch beim faktischen Arbeitsverhältnis, das zwar kein faktischer Vertrag ist (vgl. oben § 4), das aber nicht durch Willenserklärungen zustande kommt, werden die §§ 104 ff analog angewandt, (vgl. Siebert a.a.O. S. 87). Das Gebot der analogen Anwendung wird auch durch die Handhabung bei fingierten Willenserklärungen gestützt, vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 153 IV 2.

12) Mot. Bd. I S. 133; vgl. auch Riezler a.a.O. S. 137.

1) Zur Rechtsvergleichung vgl. Heltesheimer, Rolf, Die Fähigkeit Minderjähriger zu selbständigem rechtsgeschäftlichem Handeln. Eine rechtsvergleichende Darstellung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Bestimmungen in der Schweiz, Frankreich, Italien, England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Diss. Tübingen 1956.

willigung seines gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB. Dies hat zur Folge, daß jeder Vertrag - sogar eines Zwanzigjährigen - schwebend unwirksam ist. Verweigert der gesetzliche Vertreter die Genehmigung, ist der Vertrag von Anfang an nichtig. Das wiederum hat zur Folge, daß die beiderseitigen Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückverlangt werden können. Dabei kann der Minderjährige jederzeit nachweisen, daß er nicht mehr bereichert ist. Dies gilt nach BGB ausnahmslos für Verträge aller Art. Falls also nicht gerade die Ausnahmevorschriften der §§ 110, 112, 113 vorliegen, kann ein gesetzlicher Vertreter nach dem BGB die Wirksamkeit eines jeden Vertrages, selbst über geringfügige Kleinigkeiten und selbst wenn der Minderjährige zwanzig Jahre alt ist, verhindern. Das BGB bietet keine Handhabe, dieses Ergebnis zu vermeiden.

Es ist auch allgemein anerkannt, daß der Schutz des Minderjährigen dem Interesse der Allgemeinheit an einer raschen und sicheren Abwicklung des Verkehrs vorgeht [2]. Besonders bei der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft wurde dieser Grundsatz wiederholt von der Rechtsprechung bestätigt [3]. Gebilligt wird dieses Ergebnis allerdings nicht ausnahmslos [4].

---

2) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 163 VII 2, Hueck, Alfred, Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der Offenen Handelsgesellschaft AcP 149, 1 ff (23, 24). Auch Schwarz, Ewald, Generalkonsens an Minderjährige, Diss. Tübingen 1931, führt aus, daß die Verkehrsinteressen immer dann hinter den Interessen des Minderjährigen zurücktreten müssen, wenn sie mit dem Schutzprinzip des Minderjährigen nicht in Einklang zu bringen sind. Die Gegenansicht, daß es besser sei, wenn ein leichtsinniger Student oder dessen Eltern geschädigt werden als ein gutgläubiger Dritter, wird abgelehnt. Dem steht eine Entscheidung des Kammergerichts (JW 1937, 640) gegenüber, in der ausgeführt wird, daß durch übertriebenen Schutz des Minderjährigen dessen Entwicklungsprozeß verzögert werde.

3) Vgl. BGHZ 17, 160 ff = Betrieb 55, 554, in dieser Entscheidung wird betont, daß der ausschließliche Zweck der §§ 104 ff gerade darin bestehe, die Begründung schuldrechtlicher Verpflichtungen des Minderjährigen auszuschließen. Ferner, daß dieser Schutz so weit gehe, daß er ganz allgemein dem Vertrauensschutz zugunsten der anderen Vertragspartei vorgehe und durch Maßnahmen, die diese im Vertrauen auf die tatsächlichen gegebenen Verhältnisse ergriffen habe, nicht berührt werde; ebenso RGZ 93, 227; 145, 155.

4) Vgl. Pohlschmidt, Carl, Umfang und Wesen der Zustimmung im Rahmen von §§ 107 ff BGB, Diss. Münster 1938, S. 39.

2. Der Schutz der übrigen beschränkt Geschäftsfähigen.

§ 114 BGB stellt die wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht Entmündigten, sowie die gem. § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen einem Minderjährigen gleich, der das siebente Lebensjahr vollendet hat.

Bezüglich der genannten Personen gilt also das unter 1. Festgestellte entsprechend. Ausnahmen zugunsten des Verkehrsinteresses hat die Rechtsprechung nicht gemacht.

3. Der Schutz der Minderjährigen unter sieben Jahren.

Deren Schutz wird durch § 104 Ziff. 1/105 BGB gesichert, indem bestimmt wird, daß ihre Willenserklärungen nichtig seien.

Dieser Fall ist unproblematisch. Ein Schutzbedürfnis des Verkehrs vor Handlungen von Kindern besteht nicht.

4. Der Schutz nicht entmündigter Geisteskranker.

Ihre Willenserklärung ist gem. § 104 Ziff. 2, 105 BGB nichtig. Hier besteht allerdings ein erhebliches Schutzbedürfnis des Verkehrs. Die Rechtsprechung steht aber eindeutig auf dem Standpunkt, daß der Schutz des Geisteskranken vorgehe [5]. Dies führt manchmal zu ungerecht erscheinenden Ergebnissen. In der Literatur wird das an folgendem Fall erörtert [6]: Ein Kaufmann, der sich auf einer Reise befand, wurde geisteskrank. In diesem Zustand ließ er sich von seiner Bank telegrafisch 4000 Mark überweisen, die er sinnlos ausgab. Eine strenge Anwendung des Gesetzes ergibt, daß die Bank das Konto des Geisteskranken nicht belasten darf. Doch wird dieses Ergebnis allgemein als unbillig empfunden [7]. Nach dem geltenden Recht ist aber die Lösung durch

---

5) Vgl. RGZ 145, 159. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, der Vertrauensschutz finde dort seine Schranke, wo der Betreffende zur Abgabe einer rechtlich beachtlichen Erklärung überhaupt nicht fähig sei.

6) Brandt; Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit in Beihefte der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht und Konkursrecht 6. Heft S. 2.

7) Simon, JW 1913, 291; Rümelin, Max, Die Geisteskrankheit im Rechtsverkehr.

die zwingenden §§ 104 Ziff. 2 und 105 vorgeschrieben.

Auch hier gibt es keinen Gutglaubensschutz.

5. Der Schutz des entmündigten Geisteskranken.

Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen entmündigten und nicht entmündigten Geisteskranken, vgl. § 104 Ziff. 3. Hier gilt das unter 4. gesagte. In der Tat sind die Verhältnisse hier auch materiell gleich gelagert, solange die Tatsache der Entmündigung nicht bekannt geworden ist.

III. Das Ergebnis.

Als Ergebnis kann nur festgestellt werden, daß die §§ 104 ff BGB, trotz manchmal unbillig erscheinender Ergebnisse von der Rechtsprechung ausnahmslos streng angewendet werden.

In keinem Fall hat die Rechtsprechung die §§ 104 ff BGB zugunsten des Verkehrsinteresses für unanwendbar erklärt. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt.

§ 14.

Die besondere Sachlage bei faktischen Vertragsverhältnissen.

Gegenüber konventionellen Verträgen zeichnen sich die faktischen Vertragsverhältnisse aber durch folgende Eigenheiten aus:

I. Die bereits erbrachte Gegenleistung.

In allen Fällen von faktischen Vertragsverhältnissen wird der Vertrag durch tatsächliche Annahme des Angebotes abgeschlossen. Auf diese Weise hat der Anbietende seine Leistung bereits erbracht, wenn die Forderung auf Entgelt geltend gemacht wird [1]. Dazu kommt, daß in allen Fällen die erbrachte Leistung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, weil es sich um Dienstleistungen irgendwelcher Art handelt.

Im folgenden soll das Problem des bereits einseitig erfüllten Vertrages beleuchtet werden.

Riezler [2] geht von dem Fall aus, daß eine Minderjährige wider den Willen ihrer Eltern eine Stelle als Saisonkellnerin angenommen hat. Die strenge Anwendung des Gesetzes führt dazu, daß der Vertrag nichtig ist und Bereicherungsrecht zur Anwendung kommt. Fällt die Bereicherung weg, hat die Minderjährige überhaupt keinen Anspruch. Dieses Ergebnis hält Riezler für untragbar [3]. Er möchte folgenden Rechtsgedanken anwenden:

> ".. Wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennimmt, hat damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen; er hat den Vertrag selbst als gültig behandelt, und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich mit diesem seinem eigenen Tun zum Nachteil des Gegenkontrahenten in Widerspruch setzen wollte" 4).

---

1) vgl. die Entnahme von Elektrizität, die Benutzung eines gebührenpflichtigen Parkplatzes, die Straßenbahnfahrt.

2) Riezler, Erwin, venire contra factum proprium, S. 134.

3) So auch die von Riezler zitierten Biermann, Bürgerliches Recht Bd. 1 § 61 Anm. 17 S. 211, Oertmann, Vertragserfüllung durch geschäftsbeschränkte Schauspieler in Der neue Weg (herausgegeben von der Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger) Jahrg. 39 (1910) S. 637 ff.

4) Riezler a.a.O. S. 137. Dieses Prinzip gilt auch im Arbeitsrecht. Der Arbeitgeber, der die Arbeitsleistung eins Arbeitnehmers tatsächlich empfangen hat, kann sich nicht auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages berufen (Siebert a.a.O. S.88, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch Bd. I S. 173, 157 ff).

Nach Riezler gilt diese Regel für umgekehrte Parteirollen nicht. Leistet der Kontrahent des nicht voll Geschäftsfähigen Dienste, so tue er das auf eigene Gefahr. Er könne nicht geltend machen, der nicht voll geschäftsfähige Gegner habe sich durch die Erfüllungsannahme gebunden. Dies verstoße gegen den Grundsatz, daß der nicht voll Geschäftsfähige sich nicht ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters rechtlich binden könne.

Daß Riezler diese Einschränkung macht, ist aber an dieser Stelle nicht entscheidend. Es kommt hier nur darauf an, zu zeigen, daß die Tatsache, daß eine Leistung bereits erbracht worden ist, eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen kann.

Auch Müllereisert [5] macht die Unterscheidung zwischen einem noch nicht erfüllten und einem bereits erfüllten Vertrag. Während nach seiner Lehre ein von einem Geschäftsunfähigen abgeschlossener Schuldvertrag nichtig ist, haften die Beteiligten nach einem bewirkten Leistungsaustausch so, wie es unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse billig und zumutbar erscheint [6].

Ebenso unterscheidet Leser [7] zwischen einem erfüllten und einem nicht erfüllten Vertrag. Er weist darauf hin, daß die Parteien im Vertrauen auf die Gültigkeit ihre Leistungen ausgetauscht haben. Die dadurch erzeugte Bindung werde durch zwei Bereicherungsansprüche nicht erschöpft. Diese seien synallagmatisch gebunden [8]. Auf die Beziehungen zwischen den Bereicherungsansprüchen seien in weitem Umfang die Grundgedanken der §§ 320 ff BGB anwendbar.

Der Gedanke, daß ein bereits erfüllter Vertrag eine andere Beurteilung nötig mache, ist im BGB nicht enthalten [9], wohl aber im anglo-amerikanischen Recht. Hier wird zwischen executory und executed contract unterschieden. Ersterer ist ein gegenseitiger Versprechensvertrag, bei letzterem wird das Versprechen durch eine tatsächliche Leistung angenommen. Nach anglo-amerikanischem Recht kann ein Minderjähriger allenfalls dann verpflichtet wer-

---

5) Müllereisert a.a.O. Vertragslehre S. 165.
6) Müllereisert a.a.O. Vertragslehre S. 176.
7) Leser a.a.O. S. 48.
8) Leser a.a.O. S. 52.
9) Allenfalls ist in § 110 ein Ansatzpunkt enthalten.

den, wenn er die Gegenleistung bereits erhalten hat [10].
In einem Fall [11] hatte ein Minderjähriger ein Haus gemietet und die Miete entrichtet. Als er den Mietpreis zurückverlangte - der Vertrag war wegen seiner fehlenden Geschäftsfähigkeit ungültig - wurde die Klage abgewiesen, weil es der natürlichen Gerechtigkeit widerspreche, daß ein Minderjähriger Geld zurückverlangt, das er für eine Leistung bezahlt hat, die er auch in Anspruch genommen hat [12].

Brierly folgert daraus, daß der Minderjährige das Geld hätte zurückverlangen können, wenn er die Gegenleistung noch nicht in Anspruch genommen hätte [13].

Dies ist genau der Gedanke, den Riezler ausgedrückt hat. Es kommt dazu, daß es sich um eine nicht rückgängig zu machende Leistung handelt [14].

II. Die Notwendigkeit der Leistung.

Bereits in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, daß es sich bei faktischen Vertragsverhältnissen um die Annahme von Leistungen der Daseinsvorsorge handelt, also um Leistungen, auf die jedermann angewiesen ist, um Energieversorgung, Beförderungsdienste etc. Der Minderjährige ist ebensosehr darauf angewiesen, wie der Erwachsene. Trotzdem ist nach dem BGB auch ein über solche notwendigen Leistungen abgeschlossener Vertrag nichtig, wenn die erforderliche Genehmigung nicht erteilt wird.

Im deutschen Recht hat Löning den Versuch gemacht, diese Art von Verträgen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge aus dem Bürgerli-

---

10) Vgl. Anson, Principles of the English Law of Contract, Oxford 1959, Chitty, On Contracts, 21 et. London, 1955, Vol. I p. 586 f, Cheshire-Fifoot, The Law of Contract, London 1956, p. 332. Für das amerikanische Recht: Williston, A. Treatise on the Law of Contracts, Vol. I 1936, p. 712.

11) Berichtet bei Brierly, Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract, Oxford, 1945 p. 127.

12) ... when an infant has paid for something and has consumed or used it, it is contrary to natural justice that he should recover back the money which he has paid ...

13) ... it semms to follow from this reasoning ... that if the infant has taken no benefit under such contract, he may recover back the money paid under it.

14) Riezler a.a.O. S. 137.

chen Recht schlechthin auszuklammern [15] und dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Dann allerdings wären auch die Folgen der fehlenden Geschäftsfähigkeit anders zu beurteilen. Diese Bemühungen haben allerdings keinen Erfolg gehabt. Auch der Hinweis Müllereiserts [16], daß auch der Geschäftsunfähige Lebensbedürfnisse hat, die er befriedigen muß, ist unbeachtet geblieben.

Aber auch hier macht das anglo-amerikanische Recht eine bedeutsame Ausnahme und zwar sind Verträge, die ein Minderjähriger über "necessaries" abschließt, gültig [17]. Dabei werden unter "necessaries" nicht nur Gegenstände und Leistungen verstanden, die unbedingt lebensnotwendig sind, sondern auch solche, die der Lebensführung des Betroffenen angemessen sind [18]. Darunter fallen ohne Zweifel alle Leistungen der Daseinsvorsorge.

III. Die Geringwertigkeit der Leistung.

Naturgemäß ist das Schutzinteresse des nicht voll Geschäftsfähigen um so kleiner, je geringwertiger seine Gegenleistung ist, die er bei Gültigkeit des Vertrages verlieren würde [19].

---

15) Lönig, Faktische Verträge oder öffentliches Recht? ZAKDR 1942, 289 ff.

16) Müllereisert a.a.O. S. 214.

17) Allerdings nur, soweit die Leistung bereits empfangen wurde, wie sich auch aus den Ausführungen zu I. ergibt. Vgl. dazu Ceshire-Fifoot, S. 332. Im übrigen ist es streitig, ob die Verpflichtung des Minderjährigen aus einem solchen Geschäft wirklich vertraglicher Natur ist, oder "quasi contractual". Vgl. dazu die Ausführungen bei Anson-Guest, Principles of Contract, 21 ed. p. 185: the first theory is that the liability arises in re, that is to say, it is not contractual, but quasi-contractual. The obligation is imposed by the law because the infant has actually received the benefit of performance, and not because he entered into a valid contract ... The second theory, as may be gathered, asserts that the infants liability arises consensu, that is to say, it is contractual.

18) Vgl. Ceshire-Fifoot, a.a.O.: the word "necessaries" is not confined to articles necessary to the support of life, but includes articles and services fit to maintain the particular person in the station of live in which he moves.

19) Darauf weist auch Pohlschmidt a.a.O. S. 37 hin.

Daß die Rechtsprechung bei der gesellschaftlichen Beteiligung eines nicht voll Geschäftsfähigen keine Ausnahme vom Schutzgedanken des BGB macht, ist noch verständlich. Bei faktischen Verträgen handelt es sich jedoch durchweg um Pfennigbeträge, so bei der Straßenbahnfahrt oder beim Parkplatzfall [20].

Es ist richtig, daß bisher die Rechtsprechung keine Veranlassung sah, die Folgen der fehlenden Geschäftsfähigkeit vom Wert einer Leistung abhängig zu machen. Doch ist dies jedenfalls ein Gesichtspunkt, der bei der Interessenabwägung beachtet werden muß.

IV. Die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung.

Eine weitere Besonderheit von faktischen Vertragsverhältnissen der Daseinsvorsorge ist, daß die Leistung stets der Gegenleistung angemessen ist. Dorn weist darauf hin, daß bei den Unternehmen der Daseinsvorsorge nicht das Gewinnstreben im Vordergrund stehe, sondern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe [21].

Daß dieser Gesichtspunkt wesentlich sein kann, geht auch hier aus dem anglo-amerikanischen Recht hervor, wo Minderjährige gegebenenfalls ein angemessenes [22] vertragliches Entgelt schulden [23].

V. Massenverträge.

Es kommt dazu, daß es sich bei faktischen Verträgen um massenhaft abgewickelte Erscheinungen handelt. Der Vorgang des Vertragsabschlusses ist nicht individuell, sondern vereinheitlicht. In der Praxis denkt kein Schaffner oder Parkplatzwächter daran, Minderjährige, ja nicht einmal erkennbar Geisteskranke zurückzuweisen. Jeder, der eine Fahrkarte hat, kann eben mitfahren. Etwas anderes ließe sich gar nicht durchführen. Auch Müllereisert [24] betont, daß bei sich massenhaft wiederholenden Vorgängen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eine andere Regelung geboten sein kann.

---

20) Die einzige Ausnahme kann der Stromentnahmefall machen.
21) Dorn a.a.O. S. 81.
22) reasonable price.
23) Vgl. Chitty, Contracts, p. 586.
24) Müllereisert a.a.O. S. 214.

VI. Die Üblichkeit.

Letztlich ist zu betonen, daß es durchaus üblich ist, daß Minderjährige öffentliche Verkehrsmittel etc. benutzen. Es liegt also kein Ausnahmefall vor. Im täglichen Leben wickeln sich die zahllosen Fälle, wo Minderjährige Straßenbahnen etc. benutzen, reibungslos ab [25].

VII. Folgerungen für die Geschäftsfähigkeit.

Weder die bereits erbrachte Gegenleistung, die Notwendigkeit der Leistung, die Geringwertigkeit der Leistung und die Angemessenheit der Leistung haben den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung bewegen können, von dem Grundsatz, daß das Verkehrsinteresse auf die Regelung der Geschäftsfähigkeit keinen Einfluß habe, Ausnahmen zu machen. Daraus geht hervor, daß der Gesetzgeber das Schutzinteresse des Minderjährigen höher wertete als das Interesse seines Partners, beim Vorliegen der oben aufgezählten Punkte. Bei den faktischen Verträgen sind diese Besonderheiten jedoch gemeinsam vorhanden. Es ist denkbar, daß ihr vereintes Gewicht das Interesse des Partners gegenüber dem Interesse des Minderjährigen überwiegen läßt [26]. Ob dies hier der Fall ist, braucht aber nicht entschieden zu werden, denn es kommen zwei weitere Besonderheiten hinzu, die der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 104 ff noch nicht im Auge gehabt hat [27], nämlich das Phänomen des Massenvertrages und die Tatsache, daß es üblich und selbstverständlich geworden ist, daß jedermann (auch der nicht voll Geschäftsfähige) am öffentlichen Massenverkehr teilnimmt.

Nach der Rechtsprechung des BGH [28] muß auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen, wenn der zur Entscheidung

---

25) Schwarz a.a.O. S. 41.

26) Vgl. Hubmann, Heinrich, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1955, 85 ff (107).

27) Vgl. oben § 1.

28) BGHZ 17, 275; vgl. ferner BGHZ 3, 315; RGZ 142, 40 f.

stehende Interessenkonflikt bei Erlaß des Gesetzes noch nicht ins Auge gefaßt werden konnte, weil er erst durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt in Erscheinung getreten ist [29]. Sinn und Zweck der §§ 104 ff ist an sich der Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen, jedoch nur bis zu dem Grad, der noch mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist [30].

Daß ein gesetzlicher Vertreter die Möglichkeit haben soll, die Genehmigung einer Straßenbahnfahrt seines halberwachsenen Sohnes zu verweigern, mit der Folge, daß dieser keinen vertraglichen Fahrpreis schuldet, entspricht aber nicht der materiellen Gerechtigkeit. Ursächlich dafür sind die in diesem Paragraphen aufgezeigten Besonderheiten der faktischen Verträge.

Gemäß der Rechtsprechung wäre also eine Lösung contra legem möglich [31]. Es soll jedoch im folgenden versucht werden, durch extensive Auslegung des Gesetzes zu einer brauchbaren Lösung zu gelangen. Dabei ist bereits durch die obigen Überlegungen die Richtung gewiesen.

---

29) Diese Entscheidung findet in der Literatur Zustimmung, vgl. Hubmann a.a.O. S. 89. Hubmann betont mit Recht, daß dadurch der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall gedient werde. Unabhängig von dieser Entscheidung befürwortet Riezler, Venire contra factum proprium S. 126 eine Entscheidung praeter legem, wo der Gesetzeswortlaut den Bedürfnissen nach Interessenschutz nicht Genüge tut.

30) Mot. I, 133.

31) Dies um so mehr, als das sozialtypische Verhalten keine Willenserklärung ist, sondern nur wie eine solche behandelt wird.

§ 15.

Die Geschäftsfähigkeit bei der Annahme.

I. Die Problematik.

Aus den Ausführungen zu § 14 VII folgt, daß es das Ziel dieses Paragraphen sein muß, durch weite Auslegung der §§ 104 ff BGB eine weitgehende selbständige vertragliche Verpflichtungsmöglichkeit nicht voll Geschäftsfähiger für faktische Verträge zu schaffen.

II. Minderjährige von 7 bis 21 Jahren.

1. Lösung mit § 107 BGB.

Einen Ausgangspunkt zu einer Lösung mit § 107 BGB im obigen Sinne (Abs. I) bildet die Lehre vom Generalkonsens.

Die Frage, ob der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen zu einer Reihe von Rechtsgeschäften pauschal seine Zustimmung erklären kann, ist in der Literatur umstritten. Eindeutig ist jedoch, daß der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen nicht vonvornherein für alle zukünftigen Rechtsgeschäfte ermächtigen kann [1], denn damit würde der Minderjährige praktisch unbeschränkt geschäftsfähig gemacht [2].

Die Befürworter des Generalkonsenses [3] führen aus, der gesetz-

---

1) Staudinger a.a.O. § 107 Anm. 3; RGR-Komm. § 107 Anm. 3.

2) Vgl. Bruns, Otto, Die Bewirkung der Leistung im Sinne des § 110 BGB Diss. Erlangen 1911 S. 23; Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 152 I, 4.

3) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 143 I, 4, § 152 c I, 4, hier wird jedoch ein Generalkonsens für alle Rechtsgeschäfte abgelehnt, da es dem gesetzlichen Vertreter nicht zustehe, den Minderjährigen unbeschränkt geschäftsfähig zu machen; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1.Band, 3. Aufl. Berlin 1893, § 59 V, eine generelle Ermächtigung sei dann erforderlich, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen in eine Lage bringe, in der dieser zu seinem Unterhalt und zur Erreichung der ihm gesetzten Zwecke selbständig Rechtsgeschäfte abschließen müsse; Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, Halle 1902, § 120 II, 4; Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1, Berlin 1904, § 107 IV; Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Rechts für das deutsche Reich, 1. Teil, Berlin 1889, § 50 S. 67; Schwarz, Ewald, Generalkonsens an Minderjährige, Diss. Tübingen 1931, S. 37, vertritt einen eingeschränkten Generalkonsens für solche Rechtsgeschäfte, die für

liche Vertreter könne den Minderjährigen ermächtigen, auf solchen Gebieten Rechtsgeschäfte vorzunehmen, auf denen er dank seiner Reife und Ausbildung besondere Erfahrungen und Kenntnisse besitzt [4], ferner liege in gewissen Gestattungen [5] in der Regel eine stillschweigende Zustimmung zum Abschluß der dazu erforderlichen Geschäfte [6].

Die Gegner des Generalkonsenses [7] sind der Ansicht, der gesetzliche Vertreter könne im Rahmen des § 107 nur zu einzelnen bestimmbaren Rechtsgeschäften seine Einwilligung geben [8]. Sie berufen sich darauf, daß andernfalls die §§ 112, 113, 110 BGB überflüssig wären.

Der Lehre vom Generalkonsens ist schon aus praktischen Überlegungen heraus zu folgen. Schwarz [9] weist zutreffend darauf hin, daß sich der Horizont von Minderjährigen gegenüber früher wesent-

---

den Minderjährigen von geringer Bedeutung sind; Colonius, Hans Das Wirksamwerden von Rechtsgeschäften Minderjähriger durch Erfüllungshandlungen (§ 110 BGB), Diss. Göttingen 1927, S. 5; Pohlschmidt a.a.O. S. 40; weitere Angaben bei Colonius a.a.O. S. 5 Anm. 14.

4) Vgl. Pohlschmidt a.a.O. S. 34.

5) z.B. den Besuch einer Universität oder der Durchführung einer Reise; vgl. Colonius a.a.O. S. 8.

6) Vgl. insbes. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 152 I, 4.

7) W.v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Aufsichtsrecht IherJ 48, 417 ff; Planck-Strohal, Komm. zum BGB 1. Bd. Allg. Teil 4. Aufl. Berlin 1913 § 107 II, 2, § 110, 6; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Tübingen und Leipzig 1900, § 83, 1, II, 3; Kistemaker, Heinrich, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, §§ 107 - 113 BGB, Diss. Erlangen 1910, S. 35 ff; Eckart, Waldemar, Über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (insges. §§ 104 - 113 BGB) Diss. Heidelberg 1908, S. 14; Zurmühl, Gustav, Die Rechtsgeschäfte der beschränkt Geschäftsfähigen, Diss. Erlangen 1933, S. 28; von Watzdorf, Umfang des § 110 BGB (Enthält er einen Generalkonsens?) Diss. Breslau 1931, S. 29; Schwenk, Heinz, Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? Diss. Breslau 1929, S. 11.

8) Bes. v. Blume a.a.O. S. 444.

9) Schwarz a.a.O. S. 37.

lich erweitert habe. Minderjährige besuchen Universitäten und machen lange Auslandsreisen. Allgemein kann man sagen, daß sie sich mit einer Weltgewandtheit im In- und Ausland bewegen, wie es zur Zeit der Schaffung des BGB viele wesentlich ältere Menschen nicht getan haben.

Zwingende Gründe gegen die Lehre vom Generalkonsens ergeben sich aus dem Gesetz nicht. Die §§ 112, 113 BGB werden durch diese Theorie keineswegs überflüssig, denn sie gewähren bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen dem Minderjährigen auf einem Teilgebiet eine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, was im Rahmen des Generalkonsenses nach § 107 BGB nicht der Fall ist [10]. Auch § 110 BGB verliert nicht seinen Sinn, sondern bleibt eine wichtige Auslegungsvorschrift [11]. Auch aus den Motiven und den Protokollen läßt sich die Lehre vom Generalkonsens nicht widerlegen [12].

Ihr aktuellster Anwendungsfall ist aber nicht das Sammeln von Briefmarken oder Münzen [13], sondern die Teilnahme des Minderjährigen am öffentlichen Verkehr. Wer einen Minderjährigen am öffentlichen Verkehr teilnehmen läßt, muß die Möglichkeit haben, generell in alle Vertragsschlüsse des Minderjährigen, die sich daraus ergeben, einzuwilligen, ohne daß vonvornherein die Anzahl, der Preis und die Art feststeht.

Eine weitere Frage ist, wie die Zustimmung erteilt wird. Die Zustimmung ist eine Willenserklärung [14]. Als solche kann sie auch durch konkludentes Verhalten erfolgen [15].

In der Regel liegt bereits darin, daß der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen am öffentlichen Verkehr teilnehmen läßt, die konkludente Zustimmung zu den Vertragsschlüssen, die die Teilnahme mit sich bringt [16].

---

10) Vgl. RGR-Komm. § 107 Anm. 3; Schwarz a.a.O. S. 39 meint, der Generalkonsens ergebe sich a maiore ad minus aus den §§ 112, 113 BGB, wo der Gesetzgeber dem Minderjährigen sogar eine teilweise unbeschränkte Geschäftsfähigkeit einräume.

11) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 152 I 4, Anm. 3.

12) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

13) So Pohlschmidt a.a.O. S. 34.

14) So Eckart a.a.O. S. 12; Zurmühl a.a.O. S. 13.

15) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 152 c I 3 (S. 937); die

Wenn der gesetzliche Vertreter im Einzelfall diesen Willen nicht hat, kann er sich nicht darauf berufen, denn bei einer Willenserklärung ist nicht der innere Wille entscheidend, sondern die objektive Bedeutung des Erklärten [17].

Voraussetzung dafür, daß in der Teilnahme des Minderjährigen am öffentlichen Verkehr eine Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters liegt, ist allerdings, daß dieser die Teilnahme gestattet hat. Andernfalls fehlt es an der Erklärungshandlung, die für jede Willenserklärung wesentlich ist.

In aller Regel läßt sich also mit dem § 107 BGB ein brauchbares Ergebnis erzielen. Betont werden soll, daß diese Lösungsweise nicht davon abhängt, ob der Theorie des Generalkonsenses allgemein zu folgen ist, oder nicht. Die Berechtigung der Annahme einer allgemeinen Zustimmung für faktische Verträge ergibt sich auch unmittelbar aus der oben zitierten Entscheidung BGHZ 17, 275. Nach diesem Urteil wäre sogar eine Lösung contra legem möglich, was aber, wie dargelegt, nicht erforderlich ist.

2. Lösung mit § 110 BGB.

§ 110 BGB führt in allen Fällen zu einem befriedigenden Ergebnis, wo der Minderjährige die Leistung bewirkt hat und der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die betreffenden Mittel zur freien Verfügung überlassen hat.

Der kritische Fall ist jedoch der, daß der Minderjährige sich nach Inanspruchnahme der Leistung weigert, seinerseits zu leisten. Eine analoge Anwendung des § 110 BGB für diesen Fall ist aber nicht möglich, da diese Vorschrift als Ausnahmeregelung nicht auf den Normalfall angewendet werden kann.

3. Lösung mit den §§ 112, 113 BGB.

Auch die §§ 112, 113 BGB führen nur dann zum Ziel, wenn der Minderjährige entweder zum selbständigen Betriebe eines Handelsge-

---

Zustimmung kann dem Minderjährigen und dem anderen Teil gegenüber erklärt werden, vgl. § 182 BGB, vgl. auch Eckart a.a.O. S. 12.

16) Ebenso wie bei einer Reise, einem Universitätsbesuch etc.

17) Vgl. oben § 10.

werbes ermächtigt wurde oder aber in Arbeit steht und auch dann nur für solche Rechtsgeschäfte, die mit dieser Tätigkeit zusammenhängen.

4. Lösung mit Treu und Glauben.

Die Lösung wäre auch so denkbar, daß beim Vertragsschluß mit dem Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vermutet wird und es diesem in Einzelfällen versagt wird, die Genehmigung zu verweigern [18]. Dies führt aber zu dem Ergebnis, daß der gesetzliche Vertreter zu einer Genehmigung verpflichtet ist. Außerdem beinhaltet diese Lehre die Fiktion der Genehmigung. Wenn diese tatsächlich nicht erteilt wird, dem gesetzlichen Vertreter aber die Berufung darauf untersagt wird und dann so entschieden wird, als ob sie vorliege, dann wird die Genehmigung fingiert. De facto kommt es auf die Genehmigung dann eben nicht an. Eine Lösung mit der Theorie des Generalkonsenses ist daher vorzuziehen.

III. Weitere Fälle beschränkter Geschäftsfähigkeit.

§ 114 BGB stellt die wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung und wegen Trunksucht Entmündigten, sowie die nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellten in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, gleich. Es gelten demnach § 107 und die Lehre vom Generalkonsens auch hier.

Auch für die faktischen Vertragsverhältnisse ist diese Gleichstellung geboten. Hier besteht noch mehr als bei Minderjährigen ein Schutzbedürfnis des Verkehrs, denn die Tatsache, daß eine Person beispielsweise wegen Trunksucht entmündigt worden ist, ist für gutgläubige Dritte nicht erkennbar.

IV. Kinder unter sieben Jahren.

Der Fall, daß Minderjährige unter sieben Jahren einen Parkplatz benutzen, oder Leistungen der Energieversorgung selbständig beanspruchen, ist wohl kaum denkbar.

---

18) So Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 163 VII 3 b, Fußnote 69; Lehmann a.a.O. NJW 58, 5.

Anders ist es jedoch mit der Straßenbahnfahrt. Die in diesem Paragraphen geschilderte Verselbständigung der Jugend hat bereits längst dazu geführt, daß auch Kinder unter sieben Jahren ohne Begleitung Erwachsener öffentliche Verkehrsmittel benützen.

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sind ihre Willenserklärungen jedoch nichtig, der Beförderung könnte ein Vertrag also nicht zugrunde liegen.

Während bei Minderjährigen über sieben Jahren eine Lösung mit der Lehre vom Generalkonsens gefunden werden konnte, ist dies bei Kindern unter dieser Altersgrenze nicht möglich. § 107 BGB, an den diese Lehre anknüpft, gilt nicht für Geschäftsunfähige. Aus dem gleichen Grund kann auch durch Anwendung der §§ 110, 112, 113 BGB kein Ergebnis erzielt werden. Eine analoge Anwendung der genannten Bestimmungen kommt deshalb nicht in Frage, weil der Gesetzgeber die Geschäftsfähigkeit von Kindern über und unter sieben Jahren bewußt verschieden geregelt hat.

Es ist bei der Lösung der Frage, wie weit sich Kinder unter sieben Jahren durch faktisches Verhalten verpflichten können, auf die Erkenntnis zurückzugreifen, daß das Einsteigen in die Strassenbahn keine Willenserklärung ist, sondern ein sozialtypisches Verhalten, für welches im Einzelfall zu untersuchen ist, ob eine gesetzliche Bestimmung, die für Willenserklärungen gilt, angewendet werden kann [19].

Auszugehen ist dabei von der Handhabung der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel von Kindern unter sieben Jahren in der Praxis.

Die Tarife bzw. Beförderungsbedingungen von sieben, wahlweise herausgegriffenen deutschen Großstädten enthalten folgende Bestimmungen:

§ 7 (2) der Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Omnibusverkehr der Verkehrs-Aktiengesellschaft Nürnberg:

"Kinder unter vier Jahren ohne Begleiter sind von der Beförderung ausgeschlossen. Als Begleiter gelten nur Personen in mindestens schulpflichtigem Alter."

---

19) Vgl. oben § 12 V.

Ebenso die Beförderungsbedingungen der Städte Köln, München und Hamburg.

Beförderungsbedingungen der Berliner Verkehrs-Betriebe (BVG) § 7 (1):

"Kinder unter sechs Jahren werden nur mit Begleitung befördert. Als Begleiter gelten nur Personen in mindestens schulpflichtigem Alter."

Fahrpreise der Stadtwerke Regensburg, Abteilung Verkehrsbetriebe Straßenbahn, Autobus und Obus:

"G. Tarife für Kinder und Jugendliche
1. Kinder bis zu sechs Jahren
a) In Begleitung des Inhabers eines Fahrscheines auf allen Teilstrecken
ein Kind tariffrei
jedes weitere Kind 10 Dpf.
b) nicht in Begleitung nach a)
jedes Kind 10 Dpf.
2. Kinder von 6 bis 14 Jahren 20 Dpf.

§ 10 der Satzung über den öffentlichen Personenverkehr der Stadt Augsburg:

"Mitnahme von Kindern.
1. Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahr werden in Begleitung eines zahlenden Fahrgastes unentgeltlich befördert."

Tarif der Stadtwerke Augsburg - Verkehrsbetriebe:

"1. Bartarife
Kinder (6 - 14 Jahre) für beliebige Strecke -.20 DM
Kinder unter 6 Jahren in Begleitung eines zahlenden Fahrgastes frei."

Es ergibt sich aus diesen Zitaten, daß die selbständige Beförderung Minderjähriger unter sieben Jahren ausnahmslos vorgesehen ist. Die Grenze liegt teils bei sechs [20], teils bei vier Jahren. Die Zahl sieben kommt als Altersgrenze überhaupt nicht vor. Demnach können also auf jeden Fall Kinder zwischen sechs und sieben Jahren ohne Begleitung Erwachsener die öffentlichen Verkehrsmit-

---

20) Wohl im Hinblick auf die zu diesem Zeitpunkt beginnende Volksschulpflicht, vgl. § 4 (1) des Bayerischen Gesetzes über die Volksschulpflicht, BayBS II, 580.

tel benützen und müssen das für sie vorgesehene tarifmäßige Entgelt entrichten.

Natürlich können Beförderungsbedingungen die zwingenden Vorschriften der §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB nicht entkräften.

Wenn allerdings feststeht, daß die Benutzung der Straßenbahn keine Willenserklärung ist und die Anwendbarkeit der §§ 104 ff BGB nach anderen Gesichtspunkten zu prüfen ist, wird durch die Handhabung in der Praxis bereits die Richtung gewiesen.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum ein sechsjähriges Schulkind nicht die Möglichkeit haben soll, für ein von den Eltern zur Verfügung gestelltes Entgelt in die Schule zu fahren. Wenn die Rechtslehre auf dem Standpunkt steht, daß ein Kind unter sieben Jahren das tarifliche Entgelt für eine Straßenbahnfahrt nicht schuldet, müßten die Verkehrsunternehmen konsequenterweise die Beförderung dieser Personen überhaupt ablehnen. Ihnen kann nicht zugemutet werden, sich Rückzahlungsansprüchen der Eltern des beförderten Kindes auszusetzen. Es geht nicht an, sich damit zu begnügen, daß in der Praxis alles reibungslos verlaufe. Die Rechtslehre muß den bestehenden Zustand konsequenterweise entweder mißbilligen oder aber sanktionieren.

Da letzteres den Interessen aller Beteiligten am ehesten entspricht und die dogmatischen Grundlagen dafür gegeben sind, kann das Ergebnis nur sein, daß auch Minderjährige unter sieben Jahren einen Straßenbahnbeförderungsvertrag abschließen können.

Dies ist keine Lösung contra legem, denn das sozialtypische Verhalten ist keine Willenserklärung, sodaß die §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB auf die Straßenbahnfahrt eines Minderjährigen grundsätzlich keine Anwendung finden [21]. Das sozialtypische Verhalten ist ein Realakt [22].

Es wurde allerdings dargelegt, daß eine analoge Anwendung der §§ 104 ff BGB auf sozialtypisches Verhalten deshalb geboten sei, weil dessen Bindungsgrund ebenso wie bei der Willenserklärung im Schutz des gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauens lie-

---

21) Vgl. oben § 12 III.

22) Vgl. oben § 11 III.

ge [23]. Damit war aber nur ausgesagt, daß die bloße Tatsache, daß sozialtypisches Verhalten keine Willenserklärung ist, die Nichtanwendung der §§ 104 ff BGB nicht rechtfertige. Sobald aber bestimmte soziale Vorgänge [24], die bewirkt haben, daß bei faktischen Verträgen die Willenserklärung zurückgedrängt wurde, gleichfalls zur Folge haben, daß die an Willenserklärungen anknüpfenden Vorschriften zu unsachgemäßen Ergebnissen führen, rechtfertigt es sich, auf die Tatsache zurückzugreifen, daß sozialtypisches Verhalten keine Willenserklärung ist [25].

Diese Voraussetzung ist nur bei Kindern unter sieben Jahren gegeben, nicht aber bei beschränkt Geschäftsfähigen. Für diese führt die Anwendung der §§ 104 ff BGB zu einer brauchbaren Lösung. Wäre dies nicht der Fall, könnte auch hier keine analoge Anwendung der BGB-Vorschriften erfolgen.

Ausgeführt werden soll noch, daß auch eine Lösung contra legem möglich wäre.

Nach der oben zitierten Rechtsprechung [26] muß auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen, wenn der zur Entscheidung stehende Interessenkonflikt bei Erlaß des Gesetzes noch nicht ins Auge gefaßt werden konnte, weil er erst durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt in Erscheinung getreten ist.

Diese Voraussetzung liegt hier vor. Es gab zwar im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB bereits Straßenbahnen [27], um die Jahrhun-

---

23) Vgl. oben § 12 IV.

24) Diese sind in § 14 aufgezeigt.

25) Vgl. oben § 12 V. Sozialtypisches Verhalten und Willenserklärung sind zwei gleichwertige Erscheinungen eines einheitlichen Oberbegriffes, vgl. oben § 11 II. Die aus diesem Grund mögliche Gleichstellung kann aber dann nicht erfolgen, wenn gerade ihre Verschiedenheit eine abweichende Regelung hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit erforderlich macht. Anders wäre es, wenn der Grund, warum eine selbständige Verpflichtung von Kindern in manchen Fällen erforderlich erscheint, nicht wesensnotwendig dem sozialtypischen Verhalten immanent wäre. In diesem Fall käme ein Abgehen von der grundsätzlich gebotenen analogen Anwendung der §§ 104 ff BGB einer Entscheidung contra legem gleich.

26) Vgl. oben § 14 VII.

dertwende bestand aber noch keine Veranlassung, einen Straßenbahnbeförderungsvertrag in irgendeiner Weise anders zu behandeln, als andere Verträge, denn es war noch eine individuelle Abwicklung möglich. Das Problem des Massenvertrages, wodurch eine Abfertigung ohne Ansehung der Person erforderlich wurde, ergab sich erst später. Ebenso war es kaum der Fall, daß Kinder unter sieben Jahren die Straßenbahn benutzten, jedenfalls war es noch nicht üblich und selbstverständlich geworden.

Es kommt dazu, daß der geistige Inhalt des BGB zwangsläufig noch in den Jahrzehnten vor seinem Inkrafttreten wurzelt. Der erste Entwurf wurde schon 1888 veröffentlicht.

Es ließe sich aus diesen Gründen auch eine Lösung entgegen den §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB rechtfertigen [28].

Es ergibt sich nun die Frage, bis zu welcher unteren Altersgrenze ein Kind eine solche Verpflichtung eingehen kann.

Larenz [29] meint, die Verpflichtungsfähigkeit hänge von einer "natürlichen Handlungsfähigkeit" ab. Dies ist grundsätzlich richtig. Es ist jedoch im Interesse einer glatten Abwicklung des Verkehrs zweckmäßig, diese "natürliche Handlungsfähigkeit" generell festzusetzen. Darauf weist auch Haupt zurecht hin [30]. Es bietet sich dabei geradezu an, den jeweiligen Beförderungsbedingungen zu folgen. Etwas anderes wäre auch wenig sinnvoll. Wenn ein Straßenbahnunternehmen die selbständige Beförderung von Minderjährigen unter sechs Jahren ablehnt, kommt es nicht darauf an, ob das Kind im Einzelfall die erforderliche Einsicht gehabt hätte. Diese muß man auch noch bei einem vierjährigen Kind voraussetzen, sodaß, wenn die Beförderungsbedingungen es vorsehen, auch dieses sich vertraglich verpflichten kann.

Es ist unbedenklich, die Festsetzung der Altersgrenze den jeweiligen Beförderungsbedingungen zu überlassen, denn gerade sie

---

27) Die erste Straßenbahn Deutschlands fuhr 1865 in Berlin (Pferdebahn). Die erste elektrische Straßenbahn wurde 1881, ebenfalls in Berlin, in Betrieb genommen.

28) Bei vorausgesetzter grundsätzlicher Geltung dieser Vorschriften für sozialtypisches Verhalten eines Kindes unter sieben Jahren.

29) Larenz DRiZ 1958, 245 ff.

30) Vgl. oben § 12 III.

treffen die Bedürfnisse des Verkehrs am besten. Die Verschiedenheit der unteren Altersgrenze ist an sich ein Schönheitsfehler, der aber nicht mit der faktischen Vertragslehre zusammenhängt.

Für den Fall, daß keine untere Altersgrenze bestimmt ist, ist darauf abzustellen, ob dem Kind bereits (im Hinblick auf die Straßenbahnbenützung) eine natürliche Handlungsfähigkeit zukommt. Diese wird in der Regel dann vorliegen, wenn ein Kind tatsächlich die Straßenbahn benützt.

Durch diesen Lösungsvorschlag wird weder die Rechtssicherheit noch das Wohl des Minderjährigen unter sieben Jahren gefährdet. Es muß betont werden, daß die vertragliche Verpflichtungsmöglichkeit von Kindern streng auf die Straßenbahn- oder Omnibusfahrt beschränkt bleibt. Andere Fälle sind derzeit nicht denkbar. § 105 Abs. 1 BGB, wonach die Willenserklärungen von Personen unter sieben Jahren ungültig sind, gilt uneingeschränkt. Auch § 828 Abs. 1 BGB, der direkt allerdings nur für unerlaubte Handlungen gilt, steht nicht entgegen, denn aus § 829 BGB ergibt sich, daß der Gesetzgeber eine durch ihr eigenes Tun verursachte Haftung von Kindern unter sieben Jahren nicht schlechthin ausschließen will. In § 829 BGB wird auf Billigkeitserwägungen abgestellt. Es entspricht aber der Billigkeit, daß auch ein Kind das geringfügige Entgelt für die Beförderung mit der Straßenbahn zu bezahlen hat.

V. Nicht entmündigte Geisteskranke.

1. Allgemeines zu § 104 Ziff. 2 BGB.

§ 104 Ziff. 2 BGB bestimmt, daß eine Person, die sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet, geschäftsunfähig ist, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

Voraussetzung der Anwendung des § 104 Ziff. 2 ist der Ausschluß der freien Willensbildung. Diese Bestimmung kommt nicht zum Zuge bei Mängeln des Intellekts, welche mit der Willensbildung in keinem Zusammenhang stehen [31]. Auch wenn jemand die rechtliche Be-

31) Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 6; BGHNJW 1953, 1342; OGH 2, 45, in Abweichung von RGJW 1938, 1590.

deutung seines Tuns nicht zutreffend beurteilen kann, folgt daraus noch nicht seine Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Ziff. 2 BGB [32].

Die freie Willensbildung ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts [33] und des BGH [34] dann ausgeschlossen, wenn die Erwägungen und Willensentschlüsse der betreffenden Person "nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen dauernd derart beeinflußt werden, daß sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern sich den genannten anormalen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden" [35]. Nach einer Formulierung bei Staudinger [36] ist freie Willensbestimmung gegeben, wenn "normale Bestimmbarkeit durch normale Motive" vorliegt.

Durch Willensschwäche und leichte Beeinflußbarkeit wird aber eine freie Willensbestimmung nicht ausgeschlossen, "solange die auf den Willen wirkenden Einflüsse noch in normaler Weise das Motiv zum Handeln bilden und nicht infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit nach Art mechanischer Ursachen die als Willensbetätigung erscheinenden Wirkungen auslösen [37].

Daß die Geistesstörung für den Vertragspartner erkennbar ist, ist nicht Voraussetzung des § 104 Ziff 2 BGB [38].

2. Partielle Geschäftsfähigkeit.

Die krankhafte Störung der Geistestätigkeit, von der § 104 Ziff. 2 spricht, macht nur für diejenigen Handlungen geschäftsunfähig,

---

32) WarnRspr. 1911 Nr. 164; 1917 Nr. 11; OGHZ 4, 66, BGHNJW 53, 1342.

33) WarnRspr. 1918, Nr. 156, RGZ 103, 400, RGZ 163, 389; 162, 223

34) BGHNJW 1953, 1342.

35) Vgl. auch Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 6; RGR-Komm. § 104 Anm. 11.

36) Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 6.

37) RGR-Komm. § 104 Anm. 11; RGWarnRspr. 1917 Nr. 234; RGJW 1936, 1205.

38) Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 6; RGZ 120, 171 ff.

bei deren Vornahme sie tatsächlich Einfluß auf den Handelnden ausübt. Es gibt auch geistige Störungen, deren Wirkung sich nur auf ganz bestimmte Lebensgebiete erstreckt.

Die Rechtsprechung hat anerkannt, daß die Geschäftsunfähigkeit des § 104 Ziff. 2 auf ganz bestimmte Lebensgebiete beschränkt sein, im übrigen aber Geschäftsfähigkeit bestehen kann [39]. Bislang liegen Entscheidungen vor bezüglich krankhafter Querulanz [40], krankhafter Eifersucht [41] und der mit einem Eheprozeß zusammenhängenden Angelegenheiten [42].

Eine auf besonders schwierige Geschäfte beschränkte Geschäftsfähigkeit hat die Rechtsprechung nicht anerkannt [43].

3. Folgerungen für faktische Verträge.

Die Lehre von der partiellen Geschäftsfähigkeit bietet auch bei faktischen Vertragsverhältnissen eine befriedigende Lösung. Wenn die Rechtsprechung die Möglichkeit anerkennt, daß die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Ziff. 2 nur hinsichtlich bestimmter Lebensgebiete vorliegen kann, dann muß es auch möglich sein, daß nur in einem Lebensgebiet, nämlich dem Gebiet der Daseinsvorsorge, der öffentlichen Verkehrsmittel etc. Geschäftsfähigkeit besteht. Die faktischen Vertragsverhältnisse rechtfertigen deshalb eine Ausnahmestellung, weil sie sich von den anderen Verträgen durch das Merkmal der Sozialtypizität unterscheiden, ferner weil es sich um Leistungen der Daseinsvorsorge von geringem Wert handelt [44].

Ob aber die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Ziff. 2 wirklich vorliegt, ist im Einzelfall nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zu entscheiden. Es kommt also darauf an, ob die Willensbildung

---

39) RGWarnRspr. 1933 Nr. 91; RGZ 162, 223; DRZ 1933 Nr. 435; BayObLG MDR 1958, 346; OLG Köln NJW 1960, 1389; BGHZ 18, 184; Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 9.

40) RGJW 1906, 376, WarnRspr. 1910 Nr. 309; 1933 Nr. 91, 1943 Nr.1

41) RGJW 1912, 872; OGH 2, 45; 4, 66.

42) Vgl. dazu Gebauer, Gerhard, Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, Diss. Tübingen 1953 S. 35.

43) BGHNJW 1953, 1342; RGR-Komm. § 104 Anm. 13; RGWarnRspr. 1917 Nr. 11; OLG Nürnberg WM IV B 1958, 632.

44) Siehe oben § 14.

sich frei vollzieht. Dies ist auf dem Gebiet der faktischen Verträge in der Regel der Fall. Als Beispiel diene die Strassenbahnfahrt. Auch ein Geistesgestörter besteigt die Straßenbahn, weil er befördert werden möchte [45]. Er wird also zum Vollzug seines sozialtypischen Verhaltens durch ein "normales Motiv" bestimmt. Sogar wenn er die r e c h t l i c h e Bedeutung seines Tuns nicht erkennen sollte, was wegen dessen sozialtypischer Bedeutung ausgeschlossen erscheint, würde dies noch nicht die Anwendung des § 104 Ziff. 2 rechtfertigen [46].

Nun ist es bei einem Geisteskranken natürlich denkbar, daß er die Beförderung zu einem Zweck begehrt, der in einem Gebiet liegt, das von der Geistesgestörtheit voll umfaßt wird. Zum Beispiel es fährt ein unbemittelter nicht entmündigter Geisteskranker mit der Straßenbahn zu einem Autohändler und unterzeichnet dort einen Vertrag über den Ankauf eines Wagens. Hier ist auch die Straßenbahnfahrt v e r u r s a c h t durch die krankhafte Vorstellung, ein Auto kaufen zu müssen. Trotzdem ist der Wille, die Straßenbahn benützen zu wollen, fehlerfrei entstanden. Der Geistesgestörte hätte, um zum Autohändler zu gelangen, auch laufen können. Wenn er sich für die Straßenbahn entschied, tat er das aus dem gleichen Grund wie jeder andere Mensch auch, nämlich aus Bequemlichkeit oder um Zeit zu sparen. Immerhin hat er für das Geld eine gleichwertige und nicht mehr rückgängig zu machende Gegenleistung empfangen.

Auch aus der Tatsache, daß gem. §§ 104 Ziff. 2, 105 BGB der Autokauf nichtig ist, folgt nichts anderes. Es ist nämlich eine getrennte Betrachtungsweise geboten. Das RG hat dies für den Fall entwickelt, daß das dingliche und das obligatorische Rechtsgeschäft zeitlich auseinanderfällt. Es hat betont, daß es nur darauf ankomme, daß der Erklärende im Augenblick der Abgabe seiner Willenserklärung im Zustande der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit gewesen sei [47]. Es ist also auch beim Vollzug des so-

---

45) Falls diese Voraussetzung im Einzelfall nicht vorliegt, ist ohne weiteres anzunehmen, daß der Betreffende nicht verpflichtet wird, auch wenn sein Zustand für Dritte nicht erkennbar sein sollte, denn guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt.

46) Vgl. oben V 1.

47) RGZ 72, 64.

zialtypischen Tatbestandes nur zu prüfen, ob dieser infolge fehlerfreier Willensbildung vollzogen wurde.

VI. Entmündigte Geisteskranke.

Wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, ist nach § 104 Ziff. 3 BGB geschäftsunfähig, unabhängig davon, ob die Geisteskrankheit besteht [48].

Wenn ein völlig normaler Mensch, der zu Unrecht wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, einen Vertrag abschließt, ist dieser nichtig. Daß dieses Ergebnis für den Partner - und auch für den Entmündigten selbst - grob unbillig ist, ist offensichtlich. Mit dieser Vorschrift wollte also der Gesetzgeber nicht im Einzelfall ein billiges Ergebnis erzielen, sondern der Rechtssicherheit dienen.

Es ist auch unbillig, wenn ein Vertrag des Entmündigten im Bereich der Daseinsvorsorge nichtig ist. Aber anders als oben [49] kann dies keine Folgerungen für die Geschäftsfähigkeit des Geisteskranken haben. Mit der Entscheidung BGHZ 17, 275 kann hier nicht gearbeitet werden. Der oben bedeutungsvoll gewesene Wandel in der Interessenlage greift hier nicht durch, denn der Gesetzgeber hat mit dem § 104 Ziff. 3 BGB bewußt auf billige Ergebnisse verzichtet und sich zu einer formalistischen Betrachtungsweise bekannt. Dies muß auch für den Bereich der Daseinsvorsorge gelten.

§ 104 Ziff. 3 BGB ist auch für das sozialtypische Verhalten ohne Einschränkung anzuwenden.

---

48) Vgl. Staudinger a.a.O. § 104 Anm. 11; RGR-Komm. § 104 Anm. 15; Palandt-Danckelmann § 104 Anm. 4.

49) Unter II, III und IV.

§ 16.

Die Geschäftsfähigkeit beim Angebot.

I. Die Rechtsnatur des Angebotes.

Im Gegensatz zur Annahme ist das Angebot bei einem faktischen Vertrag immer eine Willenserklärung, zumindest ist es aber rechtsgeschäftlicher Natur [1]. Es ist kein Fall denkbar, wo jemand trotz e r k e n n b a r e n Fehlens eines rechtsgeschäftlichen Bindungswillens durch Annahme eines tatsächlich gemachten Angebotes verpflichtet würde. Wenn jemand in eine Straßenbahn einsteigt, die ein Schild "Nicht einsteigen" trägt, kommt dadurch kein Beförderungsvertrag zustande. Ebenso ist es beim Parkplatzfall.

Auch ist die Interessenlage in beiden Fällen verschieden. Bei der Vertragsannahme durch sozialtypisches Verhalten handelt es sich um die Gegenleistung und zwar zu einem Zeitpunkt, wo die eigene Leistung bereits erbracht wurde. Hier verdient das Vertrauen schon deshalb erhöhten Schutz. Bei der Frage der Bindung an ein Vertragsangebot handelt es sich aber darum, ob Leistung u n d Gegenleistung erbracht werden müssen.

Es kommt dazu, daß das Vertragsangebot in den Fällen der faktischen Vertragsverhältnisse passiver Natur ist. Auf passive Weise kann nicht ein typischer Tatbestand vollzogen werden, mit der Folge, daß jemand verpflichtet wird. Dies ist nur bei der Annahme möglich.

II. Die Notwendigkeit einer Einzelanalyse.

Obwohl das Angebot eine Willenserklärung ist, ist es nicht selbstverständlich, daß die §§ 104 ff BGB hierauf ausnahmslos Anwendung finden können. Der Grund ist der gleiche, warum auch für die Annahme die pauschale a n a l o g e Anwendung dieser Bestimmungen unmöglich war, nämlich die Verschiedenheit der faktischen Vertragsverhältnisse von anderen Verträgen. Es ist daher auch hier eine Einzeluntersuchung nötig.

---

1) Anderer Ansicht jedoch Larenz, NJW 1956, 1899.

III. Minderjährige von 7 bis 21 Jahren.

1. Die Problematik.

Minderjährige als Unternehmer - nur solche können überhaupt als Anbieter Partner eines faktischen Vertrages sein - sind an sich sehr selten. Die wenigen Ausnahmen fallen in der Regel unter § 112 BGB. Doch sollen auch die nur theoretischen Fälle behandelt werden, wo ein Minderjähriger ohne Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Erwerbsgeschäft betreibt. Die Frage, die bei dieser Sachlage für die vorliegende Arbeit interessiert, ist, wie der einzelne Vertragsschluß des Minderjährigen zu behandeln ist, insbesondere ob er einen vertraglichen Anspruch gegen den Benutzer hat.

Auszugehen ist dabei von der Tatsache, daß durch das Vollziehen des betreffenden sozialtypischen Tatbestandes der Benutzer die Leistung bereits empfangen hat. Trotzdem ist natürlich bei konventioneller Betrachtungsweise kein gültiger Vertrag zustandegekommen. Wenn nun Bereicherungsrecht angewendet wird, dann ist mit den §§ 104 ff BGB aber nicht der Schutz des Minderjährigen erreicht [2], sondern gerade das Gegenteil, denn der Bereicherungsanspruch greift in vielen Fällen nicht durch.

Für Fälle dieser Art hat Riezler den Satz aufgestellt, wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennehme, habe damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen. [3]

Aus dieser Regel folgt, daß der Minderjährige auf jeden Fall einen vertraglichen Anspruch gegen seinen Partner hat. Die Frage ist aber, ob dem ein vollgültiger Vertrag zugrunde liegt, oder ob man Vertragsrecht nur analog anwendet. Mit der Figur des Generalkonsenses ist hier jedenfalls nicht zu helfen.

---

2) Gerade diesen bezweckt aber das Gesetz, vgl. Colonius a.a.O. S. 38.

3) Vgl. oben § 14 I.

2. Lösung durch analoge Anwendung des § 110 BGB.

Eine direkte Anwendung des § 110 BGB ist nicht möglich, da Dienst- oder Arbeitsleistungen keine vom gesetzlichen Vertreter überlassenen Mittel sind [4].

Jedoch ist eine analoge Anwendung dieser Bestimmung für den Fall geboten, daß ein Minderjähriger mit den ihm von der Natur gegebenen Mitteln, also durch nicht rückgängig zu machende Leistungen erfüllt [5].

Bei faktischen Verträgen sind diese Voraussetzungen gegeben; somit ist die analoge Anwendung von § 110 BGB möglich. Dies hat zur Folge, daß ein gültiger Vertragsschluß vorliegt.

3. Lösung mit § 107 BGB.

Oertmann [6] und Colonius [7] sind der Meinung, daß der hier interessierende Fall auch durch einschränkende Auslegung des § 107 BGB zu lösen sei. Sobald der Minderjährige das seine getan habe, sei das, was an dem Vertrag noch zu tun übrig bleibe, lediglich vorteilhaft. Es würde dem Grundsatz des § 107 BGB widersprechen, den dem Minderjährigen vorteilhaften Teil des Vertrages nicht gültig werden zu lassen.

Indes ist es heute anerkannt, daß diese getrennte Betrachtungsweise unzulässig ist [8].

IV. Weitere Fälle der beschränkten Geschäftsfähigkeit.

Nach § 114 BGB sind die wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung und wegen Trunksucht Entmündigten, sowie die nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft Gestellten hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit wie Minderjährige zwischen 7 und 21 Jahren zu behandeln.

Es gilt also das unter II ausgeführte entsprechend.

---

4) Vgl. Colonius a.a.O. S. 38.

5) Vgl. Staudinger a.a.O. § 110 Anm. 9 mit weiteren Nachweisen; RGR-Komm. § 110 Anm. 9; Colonius a.a.O. S. 39; Zurmühl a.a.O. S. 56.

6) Oertmann a.a.O. § 110 Anm. 7.

7) Colonius a.a.O. S. 39.

8) RGR-Komm. § 107 Anm. 4; Staudinger a.a.O. § 107 Anm. 7; auch Zurmühl lehnt die Lösung mit § 107 BGB ab.

V. Minderjährige unter sieben Jahren.

Bei Minderjährigen unter sieben Jahren ist die Sachlage völlig unproblematisch, denn diese können selbständig kein Unternehmen der Daseinsvorsorge betreiben.

Zudem wäre auch hier die oben zitierte Regel Riezlers anwendbar.

VI. Nichtentmündigte Geisteskranke.

Hier besteht die gleiche Problematik wie unter II. Mit der Lehre von der Teilgeschäftsfähigkeit mag in manchen Fällen ein befriedigendes Ergebnis erzielt werden. Aber anders als bei der Annahme besteht hier kein besonderer Grund, eine Ausnahme von der Geschäftsunfähigkeit zu machen. Nur bei der Annahme liegt eine normale Bestimmung durch normale Motive vor.

Doch gilt auch hier, ebenso wie oben unter II und III das von Riezler aufgestellte Prinzip [9]. § 110 BGB kann hier allerdings nicht - auch nicht analog - angewendet werden. Der Geisteskranke hat aber einen vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung aufgrund des Verbotes des venire contra factum proprium.

VII. Entmündigte Geisteskranke.

Für entmündigte Geisteskranke gilt das gleiche wie für alle anderen nicht voll Geschäftsfähigen.

Auch diese Personengruppe hat - aus den gleichen Gründen wie oben - einen vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung, falls sie ihre eigene Leistung bereits erbracht hat.

---

9) Vgl. Riezler a.a.O. S. 138.

§ 17.

Das Ergebnis der Arbeit.

I. Faktische Verträge.

Auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge gibt es Verträge, die nicht durch Willenseinigung, sondern durch ein tatsächliches Verhalten zustandekommen. Dabei ist das Angebot immer eine Willenserklärung, die Annahme geschieht durch sozialtypisches Verhalten.

Die faktische Gesellschaft, das faktische Arbeitsverhältnis, das faktische Mietverhältnis, die culpa in contrahendo, die Gefälligkeitsfahrt und der faktische Erbvertrag sind keine faktischen Vertragsverhältnisse, weil in diesen Fällen die konstituierende Wirkung auf einem nichtigen rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß beruht.

II. Die Geschäftsfähigkeit.

1. Bei der Annahme.

Auf das sozialtypische Verhalten sind die §§ 104 ff BGB entsprechend anzuwenden, da die konstituierende Wirkung des sozialtypischen Verhaltens ebenso wie bei der Willenserklärung auf dem Grundsatz des Vertrauensschutzes beruht.

Wegen der Besonderheiten der faktischen Verträge sind aber die §§ 104 ff so anzuwenden und auszulegen, daß nicht voll geschäftsfähige Personen sich weitgehend verpflichten können.

2. Beim Angebot.

Das Angebot ist stets eine Willenserklärung. Die §§ 104 ff BGB sind direkt anwendbar mit der Folge, daß der Vertragsschluß eines nicht voll Geschäftsfähigen unwirksam ist.

Wegen der Besonderheit der bereits erbrachten Gegenleistung steht aber dem nicht voll Geschäftsfähigen ein vertraglicher Anspruch auf Entgelt zu.

L e b e n s l a u f

Als Sohn des technischen Angestellten Thomas Merkel und seiner Ehefrau Barbara, geb. Söllner, wurde ich am 11. Dezember 1935 in Nürnberg geboren.

Nach dem Besuch der Oberrealschule an der Wölckernstraße in Nürnberg bis zur Reifeprüfung im Jahre 1954 begann ich das Rechtsstudium im Wintersemester des gleichen Jahres an der Universität Erlangen. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich an dieser Universität im Sommer 1958 ab. Seit dem 1.1.1960 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

Nürnberg, den 18. Juli 1962.